



<http://classiques.uqac.ca/>

Les Classiques des sciences sociales est une bibliothèque numérique en libre accès, fondée au Cégep de Chicoutimi en 1993 et développée en partenariat avec l'Université du Québec à Chicoutimi (UQÀC) depuis 2000.

UQAC

<http://bibliotheque.uqac.ca/>

En 2018, Les Classiques des sciences sociales fêteront leur 25^e anniversaire de fondation. Une belle initiative citoyenne.

Politique d'utilisation de la bibliothèque des Classiques

Toute reproduction et rediffusion de nos fichiers est interdite, même avec la mention de leur provenance, sans l'autorisation formelle, écrite, du fondateur des Classiques des sciences sociales, Jean-Marie Tremblay, sociologue.

Les fichiers des Classiques des sciences sociales ne peuvent sans autorisation formelle:

- être hébergés (en fichier ou page web, en totalité ou en partie) sur un serveur autre que celui des Classiques.
- servir de base de travail à un autre fichier modifié ensuite par tout autre moyen (couleur, police, mise en page, extraits, support, etc...),

Les fichiers (.html, .doc, .pdf, .rtf, .jpg, .gif) disponibles sur le site Les Classiques des sciences sociales sont la propriété des **Classiques des sciences sociales**, un organisme à but non lucratif composé exclusivement de bénévoles.

Ils sont disponibles pour une utilisation intellectuelle et personnelle et, en aucun cas, commerciale. Toute utilisation à des fins commerciales des fichiers sur ce site est strictement interdite et toute rediffusion est également strictement interdite.

L'accès à notre travail est libre et gratuit à tous les utilisateurs. C'est notre mission.

Jean-Marie Tremblay, sociologue
Fondateur et Président-directeur général,
LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES.

Liberté d'expression c. égalité

Les propos haineux
Doctrines, débats, lois en Amérique du Nord
1919-2022

Denise Helly
Ahmed-Mahdi Benmoussa

Institut national de la recherche scientifique

Décembre 2022

Imprimerie Marquis
www.marquisbook.com

Couvertures : Cindy Rojas

© Denise Helly
Dépôt légal – 2023
Bibliothèque nationale du Québec
ISBN 978-2-9819770-1-4

Liberté d'expression c. égalité

Les propos haineux

Doctrines, débats, lois en Amérique du Nord

1919-2022

Chicoutimi, Québec : Les Classiques des sciences sociales

Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur associé, Université du Québec à Chicoutimi, fondateur des Classiques des sciences sociales : <http://classiques.uqac.ca>Courriel : classiques.sc.soc@gmail.comSite web pédagogique : <http://jmt-sociologue.uqac.ca/>

Dépôt légal : 2023

Bibliothèque et Archives Nationales du Québec

Bibliothèque Nationale du Canada

ISBN 978-2-9819770-1-4

[Autorisation formelle accordée le 15 février 2023 par Madame Denise HELLY de diffuser ce livre en libre accès à tous et cela gratuitement, en version numérique, dans Les Classiques des sciences sociales.]

Courriel : Denise Helly : denise.helly@inrs.ca

Police de caractères utilisés :

Pour le texte: Times New Roman, 14 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 12 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2008 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE US, 8.5'' x 11''.

Édition numérique, pour Les Classiques des sciences sociales, réalisée le 4 avril 2023 à Chicoutimi, Québec.



[i]

TABLE DES MATIÈRES

Quatrième de couverture	
Présentation des auteurs	7
Introduction	3
PARTIE 1.	
La lente reconnaissance des droits des victimes	
1.1. Autorité étatique ou autogouvernement, 1919-1953	9
1.2. Droit à l'égalité et discrimination aux États-Unis	18
Les propos racistes et les arrêts <i>Beauharnais</i> , <i>Sullivan</i> et <i>Brandenburg</i>	22
1.3. La position libertarienne	26
John Hospers, 1971	26
Ronald Dworkin, 1970, 1977	28
Thomas Scanlon, 1972, 1978/1979	29
1.4. 1977, l'affaire <i>Skokie</i> : le racisme n'est pas une idée nocive	32
1.5. La rupture canadienne, 1960-1970	35
Le rapport Cohen, 1966	37
La réforme du <i>Code criminel</i> et la « révolution des droits de la personne »	41
<i>La Charte canadienne des droits et libertés de la personne et le test de Oakes</i>	45
1.6. Harm, préjudice, les années 1980-90 aux États-Unis	46
Richard Delgado, 1982	47
Lee C. Bollinger, 1986	48
Mari J. Matsuda, 1989	51
Stanley E. Fish, 1994	54
Des avancées divergentes, les années 1990	55
<i>Hate Crime Statistics Act, 1990</i>	55
L'impossible égalité ou le droit absolu de parole, 1992	58
R.A.V. v. City of St Paul	58
1.7. Les effets de la haine ou la trilogie des arrêts, Canada, 1990	64
L'arrêt <i>Taylor</i> , décembre 1990	65
L'arrêt <i>Keegstra</i> , décembre 1990	67
L'arrêt <i>Andrews</i>	72
L'arrêt <i>Zundel</i>	73

	L'activisme minoritaire au Canada	76
1.8.	Les arguments libertariens	78
[ii]		
	L'autonomie individuelle, T. Scanlon, 1996, 2003	78
	Leonard W. Sumner, l'analyse conséquentialiste, 2004	82
1.9.	Le droit d'offenser	84
	Les « musulmans »	84
1.10.	Une contre-offensive conservatrice canadienne	91
	L'abrogation de l'article 13 de la <i>LCDP</i> (2006-2013)	91
	La victimisation, une illusion. La <i>Loi 59</i> , Québec, 2014-2016	99
1.11.	L'arrêt <i>Whatcott</i> ou les effets de la haine, 2013	103
1.12.	Le droit d'être respecté et la concurrence des idées	113
	Jeremy Waldron, 2012	113
	David Cole, 2017	116
PARTIE 2.		
	La haine en ligne	123
2.1.	La montée des courants suprémacistes et populistes	125
2.2.	Le populisme haineux ou le mépris des élites et des « gauches » bien-pensantes	131
2.3.	Les techniques d'amplification et de persuasion	134
2.4.	Des débats et mesures aux États-Unis et en Europe	138
	Les débats aux États-Unis	140
	L'Union Européenne	144
	La <i>Loi NetzDG</i> en Allemagne, 2018	150
	La <i>Loi Avia</i> en France, 2018	154
	La loi australienne, 2019	156
2.5.	L'attentisme d'un gouvernement libéral canadien, 2015-2019	157
2.6.	La régulation canadienne, 2019-2022	163
	La <i>Charte canadienne du Numérique</i> , 2019	163
	Contenu canadien : le projet de loi C-10 sur la radiodiffusion, 2020-2021	168
	Le projet de loi C-36, 23 juin 2021	173
	Consultations et Plan national de lutte contre la haine	181
	Projet de loi sur les nouvelles en ligne, 5 avril 2022	186
	<i>Loi sur la protection des cyber systèmes essentiels et Loi de 2022 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique, juin 2022</i>	189
<u>CONCLUSIONS</u>		
	La liberté d'expression, fondements et failles	199
	Quatre fondements	199

Deux failles, le marché des idées et la rationalité	202
[iii]	
Les limites à la liberté d'expression	205
Des tests aux États-Unis	205
Le principe d'égalité et le respect de la dignité au Canada	206
Le refus des effets de la haine	208
Le procès de Gabriel Sohier Chaput, 2022	210
Que change la haine en ligne ?	212
Le désenchantement	213
Les algorithmes persuasifs et prédictifs	217
Le contrôle des contenus haineux en ligne	219
L'auto-régulation	219
La co-régulation	220
Les nouveaux débats	221
L'atteinte à la démocratie : le contrôle du débat public et la censure privée	222
La surexposition et la surcensure	224
L'efficacité de la co-régulation	226
Des solutions ?	232
Le droit et le pouvoir des victimes et des internautes	232
Concurrence, redevances, taxes	235
Contrôle des algorithmes persuasifs et prédictifs	240
RÉFÉRENCES	245
Quatrième de couverture	

[iv]

[1]

Liberté d'expression c. égalité

Présentation des auteurs

[Retour à la table des matières](#)

Denise HELLY est professeure titulaire à l'Institut national de recherche scientifique. Formée en sociologie et anthropologie (Ph. D La Sorbonne, 1975), science politique et sinologie (École des Langues Orientales, Paris), elle a pour intérêts de recherche l'insertion des minorités ethniques et religieuses, les politiques d'immigration et de pluralisme culturel, et les formes de discrimination. Elle a réalisé huit enquêtes sur l'insertion d'immigrés au Québec, une enquête pancanadienne sur les crimes haineux subis par des musulmans (2018), produit une vingtaine de rapports pour des ministères canadiens, et publié dix ouvrages et une centaine d'articles sur les Chinois d'Outre-Mer (Cuba, Mascareignes, Québec), les minorités nationales en Chine, les politiques canadiennes et québécoises d'immigration, le multiculturalisme canadien, l'histoire des idées de nation, de citoyenneté, de cohésion sociale. Au nombre de récentes publications, avec E. Martani, le parrainage privé de réfugiés syriens au Canada, *Mondi Migranti* 3/21 (Italie, 2021) et La notion de mobilité ou la sélection des migrants internationaux. L'exemple canadien, *Sociologia, problemas y practicas* 98 (Portugal, 2021) ; avec G. Dalphond-Mercier, Violence Against Muslims in Canada, *Canadian Ethnic Studies Journal* (2021) ; avec Brieg Capitaine, El Christian Heritage Party en Internet, *Política y Sociedad* 58,2 (Espagne, 2021) ; avec S. Saint-Onge, Justiciabilité et droit international privé québécois. Les statuts matrimoniaux libanais, *Droit et Cultures* 82 (France, 2021/2). Elle a également publié *Rétablir l'ordre. Peur, méfiance, haine des minorités culturelles et sexuelles*¹. L'ouvrage traite de l'hostilité développée au Canada comme dans d'autres sociétés occidentales, envers des groupes qu'il est convenu de nommer minorités dans les débats publics. Ses présentes recherches portent sur le traitement par les juges de droit familial de causes de divorce présentées par des membres de minorités religieuses au Québec, sur l'islamophobie, la législation contre les crimes haineux et la liberté d'expression, et

¹ http://classiques.ugac.ca/contemporains/helly_denise/Retablir_l_ordre_peur_mefiance_haine/Retablir_l_ordre.html

la constitution d'archives d'immigrants établis au Canada. Elle est experte auprès de l'Agence nationale de la recherche (France), de l'UNESCO et de la Commission européenne, co-chercheuse de la Chaire France-Québec de recherche sur les enjeux contemporains de la liberté d'expression, financée par le Fonds Québécois de la Recherche, et co-responsable du volet québécois du projet MiCA (Muslims in Canada Archives), financé par Patrimoine Canada. (denise.helly@inrs.ca)

[2]

Ahmed-Mahdi BENMOUSSA un chercheur indépendant et consultant. Formé en philosophie politique et en science politique (B.A. et M.A. Université Laval), il a contribué à divers projets de recherche dans le milieu universitaire et dans les secteurs public et privé. Ses premiers travaux ont porté sur l'histoire de la philosophie politique et sociale de l'Antiquité jusqu'à nos jours. Il s'est ensuite intéressé aux enjeux liés à l'intégration politique, sociale et professionnelle des minorités ethnoculturelles au Québec, et à l'élaboration de politiques publiques visant la protection des populations vulnérables au Canada. Il collabore au projet de recherche dirigé par Denise Helly, « Targeting Muslims in Canada », dont le présent volume constitue l'aboutissement. Il a publié avec D. Helly et S. Bachand : À la recherche d'une définition pragmatique de la haine, *Revue du Barreau du Québec* 77, 427-466. (ahmed.mahdi.benmoussa@gmail.com)

[3]

Liberté d'expression c. égalité

INTRODUCTION ²

The life of the law has not been logic ; it has been experience.

Oliver Wendell Holmes Jr. 1881. *The Common Law*, Boston, Little, Brown, and Company, p. 1.

[Retour à la table des matières](#)

La liberté d'expression recouvre plusieurs champs : la liberté d'opinion, i.e. le droit de penser et de s'exprimer publiquement, la liberté de communication qui concerne toute forme d'information publique (presse, médias électroniques, etc.), l'expression artistique, la liberté académique et le droit à la vie privée. L'expression peut prendre diverses formes, orale, écrite, corporelle ³.

Historiquement la liberté d'expression est conçue comme le fondement de la démocratie, sa vocation principale étant de garantir la multiplication des échanges d'idées au sein d'une société. Elle protège le débat politique contre l'autoritarisme étatique et permet l'expression d'idées et de propos ⁴ critiques, non conformistes mais aussi éventuellement aliénants pour autrui, comme des insultes outrageantes, un mépris humiliant ou encore de la haine, raciale, religieuse, misogyne, homophobe. Dès lors des arbitrages législatifs et judiciaires semblent nécessaires pour assurer l'égalité de traitement des personnes ciblées par de tels propos et idées. Ces arbitrages sont à l'origine de multiples débats politiques et juridiques.

² Ce texte est écrit dans le cadre d'un projet SAVOIR financé par le Conseil de la recherche en sciences humaines du Canada : *Targeting Muslims. Crimes haineux envers les musulmans au Canada, 2017-2022*, direction Denise Helly. Nous remercions vivement Lili Dao pour ses commentaires de la première partie de ce volume. Lili Dao est professeure de droit à l'Université d'Ottawa depuis janvier 2023.

³ Une expression est entendue comme un acte visant à communiquer une proposition ou une attitude à une personne ou à une large audience, soit du discours (« *speech* »), des publications, symboles, signes, voire des attaques physiques.

⁴ Tout au long du texte, nous usons du terme « propos » plutôt que « discours », lequel terme suppose une structuration des dires.

Le texte qui suit, présente les argumentations passées et contemporaines concernant le droit d'exprimer des propos offensants, humiliants, haineux envers une personne ou un groupe, i.e. le droit de promouvoir la violence, verbale, physique, [4] symbolique, dans la vie sociale et politique, argumentations telles que nous avons les reconstituer pour les États-Unis et le Canada ⁵.

Les controverses sur la liberté d'expression s'amorcent au début du 20^e siècle aux États-Unis, alors que juges, universitaires, avocats, journalistes s'affrontent sur le sens du 1^{er} amendement de la Constitution ⁶ pour répondre à trois questions :

1. Comment fonder un principe général de la liberté d'expression ?
2. Pourquoi refuser une limite à la liberté d'expression ?
3. Comment justifier une restriction de la liberté d'expression ?

De la Première guerre mondiale aux années 1950, les réponses à ces questions, notamment par les Cours suprêmes des États-Unis et du Canada, sont diverses. Sont mis de l'avant la lutte contre l'autoritarisme étatique, le maintien de la paix sociale, la sauvegarde de l'unité nationale ou encore les fondements de la démocratie et de la nature humaine. Aux États-Unis la question de la violence contre l'État est très présente et les causes marquantes traitant de la liberté d'expression et faisant la une des journaux concernent souvent les idées de membres de minorités ethniques, religieuses et raciales. Les premières interrogations sur la liberté

⁵ Les auteurs universitaires européens mais aussi canadiens s'interrogent peu et souvent tardivement à ce sujet. Ils traitent plutôt d'aspects particuliers, tels que la haine comme notion plurivoque (A. Brown 2017, Part 1), ou comme émotion (Emcke 2017), la victimisation (Chakraborti et Garland 2012 ; Dalphond et Helly 2019), la dignité humaine (McCrudden 2008 ; Heyman 2008), les conflits de droits (Girard 2014, 2015), les modes de sanction (Bleich 2015 ; Bleich et Girard 2015 ; Calvès 2015) et la notion de tolérance (Dilhac 2015 ; Lacorne 2016). En revanche, un très grand nombre d'auteurs commente les doctrines et les raisonnements des arrêts juridiques (par ex. Cowan *et al.* 2002 ; Volokh 2001 ; Moon 2008 ; Belavusau 2013 ; Demaske 2019), retrace l'histoire de la liberté d'expression (par ex. Nimmer 1984 ; Schauer 1984 ; Goswami 2020) ou discute de ses fondements (par ex. Wendy Brown 1995 ; Brown 2015 ; McClure 2017 ; Cohen-Almagor 2019 ; Demaske 2019 ; McGowan 2019).

⁶ Selon le 1^{er} amendement, « Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press ; or the right of the people peacefully to assemble, and to petition the government for a redress of grievances ». Cependant la protection du 1^{er} amendement est moindre ou inapplicable pour certaines activités expressives dont l'incitation à la violence ou à des actes illicites, ainsi que pour certaines catégories dont l'expression commerciale, à caractère sexuel, ou ayant un lien avec des conflits de travail et concernant les employés de l'État (Chereminsky 2019).

d'expression sont ainsi le fait de juges condamnant des contestations politiques, communistes, socialistes ou anarchistes, généralement exprimées par des immigrants est-européens.

À la suite de la discrimination meurtrière de minorités culturelles durant la Seconde guerre mondiale, le statut des propos haineux devient une question prégnante et deux interrogations sous-tendent les débats à partir des années 1950 : la liberté d'expression a-t-elle préséance sur le droit à l'égalité de traitement ? Doit-on protéger les minorités contre le conformisme moral et culturel et la violence verbale, physique et symbolique, des majorités, des États et des Parlements ? Des juges et des [5] universitaires, canadiens et états-uniens, s'opposent sur ces questions, et leurs écrits et des arrêts des Cours suprêmes marquent à jamais, en Amérique du Nord, l'histoire de la liberté d'expression et son lien avec le droit à l'égalité des minorités.

D'un assez large consensus sur la nécessité de préserver l'ordre public et d'endiguer la tyrannie de l'État de la Première guerre mondiale aux années 1950, on oblique durant les années 1960-1990, vers des questionnements sur les droits des victimes d'expressions haineuses, racistes, déshumanisantes, et on peut distinguer trois lignes de pensée. L'une, amorcée au Canada (Comité Cohen, 1966), d'inspiration libérale classique, estime que la liberté d'expression procure des bénéfices qui, néanmoins, ne sauraient légitimer le droit de tout dire et le droit de diaboliser des minorités culturelles et religieuses. Une seconde, libertarienne, fort présente à partir des années 1970 (Dworkin 1970 ; Scanlon 1972, 2003 ; Sumner 2004 ; Cole 2017), défend une conception absolutiste de la liberté d'expression. Une troisième, la *Critical Race Theory*, formée par des juristes de l'Université Harvard dont la première conférence publique a lieu en 1989, se penche sur la légitimité des restrictions à la liberté d'expression (Delgado 1982 ; Bollinger 1986 ; Matsuda 1989 ; Matsuda, Lawrence, Delgado et Kimberlé 1993) ⁷.

Les débats opposant défenseurs des droits des victimes et partisans d'un droit d'exprimer des propos quels qu'ils soient, haineux, humiliants, se poursuivent au long des années 2000-2010, mais de nouveaux enjeux apparaissent au tournant du siècle et modifient radicalement l'objet des débats. Endiguement de la haine et de la désinformation en ligne, protection des élus et des élections, mise en cause et

⁷ Cette théorie découle des études sur le statut inégalitaire des Afro-Américains dans le système de justice des États-Unis. Elle repose sur trois postulats (Delgado et Stefancic 2001, 2017 3^e édition) : le racisme est systémique et une pratique quotidienne aux États-Unis ; les Blancs n'ont guère d'intérêt matériel (élites) ou symbolique (autres catégories sociales) à l'éradiquer sauf quand cela conforte ou améliore leur condition ; la racisation de populations entières, Afro-Américains, Hispaniques, Autochtones, Asiatiques, est une construction sociale.

régulation du rôle des plateformes numériques dans la vie sociale et les débats politiques, répression des mouvements extrémistes de droite et réduction des conflits interraciaux, constituent les objets des débats et des interventions des États. La puissance économique et l'influence des plateformes numériques sur la vie sociale et politique deviennent des enjeux au même titre que le droit des minorités à ne pas être exposées publiquement à la violence verbale, physique.

[6]

[7]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

LA LENTE RECONNAISSANCE DES DROITS DES VICTIMES

[Retour à la table des matières](#)

[8]

[9]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.1.

Autorité étatique ou autogouvernement, 1919-1953

[Retour à la table des matières](#)

Dès son élaboration, la constitution américaine formule une conception forte de la liberté d'expression, un droit constitutionalisé lors de la ratification, en décembre 1791, du *Bill of Rights*. Le 1^{er} amendement interdit au gouvernement d'établir une religion et protège les libertés de parole, de presse, de réunion pacifique, de religion, ainsi que le droit d'exiger du gouvernement qu'il répare des torts. Le devoir de respecter la liberté de parole ne lie alors que les autorités fédérales et il ne sera étendu aux États par la Cour suprême (ci-après la Cour US) (*Gitlow v. New York* ⁸) qu'en 1925.

Deux idées héritées des Lumières sous-tendent cette défense de la liberté d'expression (Bollinger 1986, chapitres 2, 7) : les pouvoirs d'un gouvernement proviennent des citoyens (« *derives from the citizenry* » ⁹), les citoyens sont souverains, rationnels et capables de décider de leur destinée. Il s'ensuit de ces droits naturels que la liberté d'expression suppose un retrait total de l'État des débats publics ; l'État ne saurait en rien contribuer à la formation et à la diffusion des idées ¹⁰.

⁸ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). La cause concerne une loi de la Ville de New York interdisant l'anarchisme criminel et ayant permis la condamnation d'un activiste.

⁹ Bollinger 1986, 44.

¹⁰ Au début du 20^e siècle, des interprétations du 1^{er} amendement par la Cour US limiteront considérablement la portée de ces idées en mettant de l'avant la protection de l'État, de la nation et du bien-être public. Dans *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907), la Cour US confirmera une condamnation pour outrage au tribunal et indiquera que l'expression contraire au bien-être public (« *public welfare* ») peut être sanctionnée par le droit criminel (Lewis 2008).

En 1917 le *Espionage Act* est adopté et, amendé en 1918, il donne lieu au Seditio Act. Les deux lois criminalisent la plupart des critiques d'un gouvernement. Pour la plupart des juges de la Cour US de l'époque, le droit à la dissidence politique n'existe pas et les arrêts qui suivent, l'illustrent. Certes, selon leurs défenseurs, ces décisions sont adoptées dans le contexte de la Révolution russe et des contestations de la conscription par des mouvements pacifistes, communistes et socialistes, durant la Première guerre mondiale.

Un arrêt, *Schenck v. United States* ¹¹ (ci-après arrêt *Schenck*), sur la protection des décisions de l'État, amorce la controverse en mars 1919. Il concerne les secrétaires généraux du Parti socialiste des États-Unis, Charles Schenck et Elizabeth Baer. Ces derniers ont distribué 15,000 tracts déclarant la conscription une violation [10] du 13^e amendement, lequel interdit la servitude involontaire. Ils sont condamnés, dont C. Schenck à dix ans de prison, pour conspiration et atteinte au *Espionage Act*, ayant prôné la désobéissance aux militaires (Rosenberg 2021, chapitre 1).

Le juge Oliver Wendell Holmes ¹² rédige le jugement et avance l'idée de propos créant ostensiblement des troubles de l'ordre public. Selon lui, les propos passionnés des tracts créent un danger clair et imminent (« *a clear and present danger* ») et ne peuvent être tenus quand la « *nation* » est en guerre. Le juge articule pour la première fois et clairement l'idée que la protection de la liberté d'expression dépend du contexte et de ses effets et qu'elle peut être limitée si sont tenus des propos mensongers (« *falsely* ») et pouvant causer un tort (« *harm* ») : « *The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic* » ¹³.

Quelques jours plus tard, la Cour US applique la même doctrine du danger clair et imminent dans deux décisions limitant la liberté d'expression en vertu du *Espio-*

¹¹ *Schenck v. United States* 249 U.S. 47, décidé le 3 mars 1919.

¹² Ci-après juge Holmes.

¹³ Le juge Holmes déclare : « We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right » (arrêt *Schenck*, p. 52).

nage Act. Dans *Debs v. United States* ¹⁴, elle confirme la condamnation à dix ans de prison d'Eugène Debs, chef du Parti socialiste et candidat à la présidence des États-Unis, pour un discours contre la conscription devant quelque mille personnes. Dans *Frohwerk v. United States* ¹⁵, elle maintient la condamnation pour conspiration d'un journal en langue allemande publiant des articles contre la conscription. Quelques mois plus tard, en novembre 1919, elle décide de l'arrêt *Abrams v. United States* ¹⁶ (ci-après arrêt *Abrams*) qui signe ce qu'il sera convenu de considérer comme le début de la doctrine absolutiste de la liberté d'expression (Bollinger 1986, 88) ou du « *free speech idolatry* » (Shiffrin 2016, 10 ¹⁷).

[11]

L'arrêt *Abrams* concerne cinq immigrants russes d'origine juive, des anarchistes opposés à la guerre et condamnés pour conspiration en vertu du *Sedition Act* ¹⁸. Ils reçoivent des peines de 15 à 20 ans de prison pour la distribution de tracts en anglais et en yiddish incitant les travailleurs d'usines de munitions de New York à faire grève en soutien à la Révolution russe (Rosenberg 2021, chapitre 1). La majorité de la Cour US suit la jurisprudence du « *clear and present danger* » pour confirmer les condamnations. Toutefois, les juges Holmes et Louis Dembitz Brandeis font dissidence et le juge Holmes opère une volte-face devenue célèbre ¹⁹. Il statue que la publication des tracts ne peut être assimilée à un danger clair et présent et exige un test pour déterminer quand la liberté d'expression peut être limitée : « *It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion* » ²⁰. Et commentant les condamnations qu'il estime trop sévères, il accuse les autres juges d'antisémitisme : « *[T]he most nominal punishment seems to me all that possibly*

¹⁴ *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919), décidé le 10 mars 1919.

¹⁵ *Frohwerk v United States*, 249 U.S. 204 (1919), décidé le 10 mars 1919.

¹⁶ *Abrams v. United States* 250 U.S. 616, décidé le 10 novembre 1919.

¹⁷ S. Shiffrin estime que l'importance accordée à la liberté d'expression est démesurée et L. Bollinger (1986, 88) écrit : « Thus we have the legerdemain of those, like Justices Hugo Black and William Douglas, who assert with so much confidence and even fervor that the language of the First Amendment makes it an "absolute" prohibition on government interference, admitting of no exceptions ».

¹⁸ Quelque 2,000 personnes seront accusées en vertu de cette loi et plus de 1,000 condamnées (Rosenberg 2021, 10).

¹⁹ Sur l'évolution des positions du juge Holmes, Anthony Lewis (2010) parle de l'influence du professeur de droit Zechariah Chafee. Voir aussi Healy 2013, 2019.

²⁰ D'autres propos du juge Holmes : « Now nobody can suppose that the surreptitious publishing of a silly leaflet by an unknown man, without more, would present any immediate danger that its opinions would hinder the success of the government arms or have any appreciable tendency to do so » (arrêt *Abrams*, p. 628).

could be inflicted unless the defendants are to be made to suffer not for what the indictment alleges, but for the creed that they avow »²¹. Les cinq immigrés sont déportés en Union Soviétique pour ne jamais être autorisés à revenir aux États-Unis (Rosenberg 2021, chapitre 1).

Les deux juges dissidents marquent l'histoire en refusant la restriction de la liberté d'expression d'opposants politiques, même en temps de guerre. Ils affirment que la libre circulation des idées doit être assurée et que la meilleure preuve de la véracité d'une idée est son acceptation sur le marché des idées. Le juge Holmes met néanmoins en garde contre une application rigide de ce principe²² :

[T]he best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge [...] I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with [12] death, unless they so imminently threaten immediate interference with lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.

En 1925, dans *Gitlow v. New York*²³, la Cour US confirme une condamnation en vertu d'une loi prohibant tout encouragement au renversement du gouvernement par la violence (*New York Penal Laws*, §§ 160, 161). Benjamin Gitlow est membre du Parti communiste et avec un associé, M. Larkin, il publie un journal, *The Revolutionary Age*. Dans cette publication, ils ont fait paraître *The Left Wing Manifesto*, un texte proche du *Manifeste communiste* et qui encourage le recours à la violence pour abattre le gouvernement fédéral. B. Gitlow argumente devant la Cour que l'article n'a engendré aucun acte de violence. Les juges Holmes et Brandeis se déclarent en dissidence et le juge Holmes rappelle la doctrine de la libre circulation des idées pour l'atteinte de la vérité par les citoyens : « *if in the long run the beliefs expressed are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way* ».

²¹ Arrêt *Abrams*, p. 629.

²² Arrêt *Abrams*, p. 630.

²³ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

En 1927 dans l'arrêt *Whitney v. California* ²⁴ (ci-après arrêt *Whitney*) en une opinion concurrente, le juge Brandeis fait un long développement sur les fondements de la liberté d'expression ²⁵ :

[T]hose who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth ; that without free speech and assembly discussion would be futile ; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine ; that the greatest menace to freedom is an inert people ; that public discussion is a political duty ; and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction ; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination ; that fear breeds repression ; that repression breeds hate ; that hate menaces stable government ; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and [13] proposed remedies ; and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law -- the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

Mais la liberté d'expression a des limites, celle de propos menaçant l'État :

[A]lthough the rights of free speech and assembly are fundamental they are not in their nature absolute. Their exercise is subject to restriction, if the particular restriction proposed is required in order to protect the State from destruction or from serious injury, political, economic, or moral. That the necessity, which is essential to a valid restriction, does not exist unless speech would produce, or is intended to produce, a clear and imminent danger of some substantive evil which the State constitutionally may seek to prevent has been settled.

Des individus, souvent des membres de minorités, continuent d'être condamnés pour leurs opinions politiques. En 1931, dans *Stromberg v. California* ²⁶, la Cour US invalide, à la majorité, la condamnation d'une animatrice d'un camp pour

²⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), p. 373.

²⁵ Arrêt *Whitney*, pp.375-376.

²⁶ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

jeunes, qui, membre du Parti communiste, organise chaque jour la levée d'un drapeau rouge. En 1951, elle applique la doctrine du « *clear and present danger* » dans *Dennis v. United States*²⁷, parlant du danger que pose le Parti communiste. Mais, en 1939, dans l'arrêt *Schneider v. State of New Jersey*²⁸, elle décide de l'illégalité d'interdictions municipales de distribution de prospectus dans la rue et de porte à porte afin de garder les rues propres. Les documents distribués concernent parfois des sujets contentieux, comme la Guerre civile espagnole et la religion des Témoins de Jéhovah. La Cour US, à 8 voix contre une, décide que l'objectif des villes²⁹, i.e. la propreté des rues, ne justifie pas d'interdiction. Les municipalités doivent reconnaître les libertés d'expression et de presse comme des droits fondamentaux, car ces libertés sont à la base d'un gouvernement d'hommes libres. La liberté d'expression est dite un pilier de la démocratie.

En 1942, un arrêt marque une nouvelle étape. En une décision unanime, dans *Chaplinsky v. New Hampshire*³⁰ (ci-après arrêt *Chaplinsky*), la Cour US précise les catégories de discours non protégées. Une journée, Walter Chaplinsky, un témoin de Jéhovah, distribue des feuillets à teneur religieuse dans la rue, à Rochester (New [14] Hampshire). Une foule se rassemble et un policier, le marshal Bowering, intervient pour rappeler que W. Chaplinsky a le droit de s'exprimer, et quitte les lieux. La foule devient de plus en plus hostile et un second policier escorte W. Chaplinsky à un poste de police. En chemin, ils croisent le marshal Bowering et W. Chaplinsky l'apostrophe : « *You are a God damned racketeer* » et « *a damned Fascist and the whole government of Rochester are Fascists or agents of Fascists* ». Il est condamné pour violation d'une loi de l'État interdisant l'usage dans un lieu public, de mots « offensive, derisive or annoying » à l'égard d'autrui (mots injurieux, méprisants ou agaçants)³¹. Il fait appel pour atteinte à sa liberté d'expression selon le 1^{er} et le 14^e amendements et la cause est portée devant la Cour US.

²⁷ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

²⁸ *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939).

²⁹ Les municipalités sont : Los Angeles, Milwaukee, Worcester (Massachusetts). Irvington (New Jersey) assujettit en sus la distribution de porte à porte à l'obtention d'un permis délivré par la police.

³⁰ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

³¹ Le texte de la loi en cause prévoit : « No person shall address any offensive, derisive or annoying word to any other person who is lawfully in any street or other public place, nor call him by any offensive or derisive name, nor make any noise or exclamation in his presence and hearing with intent to deride, offend or annoy him, or to prevent him from pursuing his lawful business or occupation » (arrêt *Chaplinsky*, p. 569).

Dans son jugement, la Cour US crée la catégorie des « *fighting words* » (propos incendiaires) non protégés par le 1^{er} amendement, car incitant à des réactions violentes ³² :

[I]t is well understood that the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words -- those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace.

De plus, de tels propos ne contribuent pas à l'expression d'idées, ni à la recherche de la vérité, et l'intérêt social en l'ordre et en la moralité justifie leur restriction (« *social interest in order and morality* ») ³³. La doctrine des « *fighting words* », comme celle du « *clear and present danger* » deviendra un motif reconnu de restriction de la liberté d'expression bien qu'au fil des années, la Cour US permettra l'expression de propos incendiaires ³⁴ (Hudson 2009).

Puis, en 1949, dans l'arrêt *Terminiello v. Chicago* (ci-après arrêt *Terminiello*) ³⁵, la Cour US statue qu'une ordonnance de Chicago interdisant de troubler la paix, viole la liberté d'expression d'un prêtre catholique particulièrement raciste. Arthur Terminiello prononce un discours vitriolique contre des groupes [15] raciaux et politiques et condamne violemment les nombreuses personnes venues s'opposer à ses propos. Ne pouvant contrôler cette foule, les policiers l'arrêtent pour avoir violé l'ordonnance de ne pas troubler la paix (« *breach of the peace* ») ³⁶. La Cour US renverse la condamnation, car le juge dans ses instructions au jury, a défini un trouble de la paix comme une conduite qui « *stirs the public to anger, invites dispute, brings about a condition of unrest, or creates a disturbance, or it molests the inhabitants in the enjoyment of peace and quiet by arousing*

³² Arrêt *Chaplinsky*, p. 571-572.

³³ Arrêt *Chaplinsky*, p. 572.

³⁴ Pour exemples : *Feiner v. New York* 340 U.S. 315 (1951), *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969), *Cohen v. California* 403 U.S. 15 (1971), *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 US 377 (1992).

³⁵ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

³⁶ Selon l'ordonnance municipale, « All persons who shall make, aid, countenance, or assist in making any improper noise, riot, disturbance, breach of the peace, or diversion tending to a breach of the peace, within the limits of the city... shall be deemed guilty of disorderly conduct, and upon conviction thereof, shall be severally fined not less than one dollar nor more than two hundred dollars for each offense » (arrêt *Terminiello*, p. 2)

alarm ». Dans une décision de 5 juges contre 4, sous la plume du juge Douglas, elle proclame que l'interprétation de l'ordonnance par le juge de première instance porte atteinte à la liberté d'expression, car certains actes expressifs sont protégés même s'ils sèment la colère ou créent un malaise social, à moins qu'ils causent un danger clair et imminent ³⁷ :

[T]he vitality of civil and political institutions in our society depends on free discussion... The right to speak freely and to [promote diversity of ideas and programs is therefore one of the chief distinctions that sets us apart from totalitarian regimes. Accordingly, a function of free speech under our system of government is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging... That is why freedom of speech, though not absolute [...] is nevertheless protected against censorship or punishment, unless shown likely to produce a clear and present danger of a serious substantive evil that rises far above public inconvenience, annoyance, or unrest... A function of free speech under our system is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger (nous soulignons).

À lire les arrêts *Chaplinsky* et *Terminiello*, il semble que les insultes racistes de A. Terminiello soient moins graves pour la paix sociale que les insultes politiques de Chaplinsky envers un agent de l'État, qu'une différence d'affiliation religieuse des plaignants porte à un traitement différent, ou encore que le contexte, i.e. les exactions des régimes fascistes et nazi, soit un facteur déterminant des décisions de la Cour US.

Au-delà de quelques divergences entre juges, la Cour US défend, durant les années 1910-1940, la suprématie de la puissance étatique. Au nom de nouvelles doctrines, « *clear and present danger* », « *serious substantive evil* », « *intent to bring [16] evil* », « *fighting words* », elle définit des idées comme contestataires et subversives (communisme, socialisme, pacifisme, fascisme, foi minoritaire) et elle les condamne. Les années 1910-1940 sont des années de guerre et de montée de régimes autoritaires en Europe et les propos exprimant une violence envers l'autorité étatique sont jugés dangereux et prohibés. En revanche, les effets de propos violents envers des individus privés ne sont guère pris en compte.

Selon la majorité des juges de la Cour US, la sauvegarde de la puissance étatique signifie que les citoyens peuvent exprimer des opinions critiques mais non

³⁷ Arrêt *Terminiello*, p. 4.

contester ouvertement l'État ³⁸. Des juristes devenus célèbres refusent cette argumentation : la liberté d'expression est, à leurs yeux, l'assise de la démocratie et signifie le droit de chacun de participer au débat public.

La relation étroite entre liberté d'expression et démocratie repose sur l'idée d'une nécessaire pluralité d'opinions comme condition de l'atteinte d'une vérité consensuelle au sein d'une société. En protégeant la liberté de parole (« free speech »), on protège la capacité des institutions de la société civile (presse, associations, partis politiques, monde universitaire, églises) d'atteindre des consensus éclairés et, pour ce faire, d'éventuellement s'opposer à l'État. La démocratie ainsi définie exige une protection stricte de la liberté d'expression et une lutte contre la tyrannie, étatique ou autre. Deux auteurs, John Milton et John Stuart Mill, pour lesquels la liberté d'expression était l'ultime garantie contre l'absolutisme monarchique, servent de référence à cette thèse théorisée par Z. Chafee et A. Meiklejohn.

En 1941, Zechariah Chafee (1885-1957), professeur de philosophie du droit à l'Université Harvard, publie *Freedom of Speech in the United States*. Dans le contexte des tendances autoritaires de l'État fédéral, il dénonce les restrictions à la liberté d'expression par le gouvernement Woodrow Wilson et par la Cour US et il défend le droit à la liberté d'expression en temps de guerre, à moins de conséquences néfastes pour la conduite de celle-ci ³⁹. En 1919, dans l'arrêt *Abrams*, le juge Holmes avait développé ce principe qui veut que même en temps de guerre le Congrès ne détient pas le droit d'interdire tout effort de changer l'esprit du pays (« *Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country* ») ⁴⁰. Z. Chafee reprend également l'idée du libre marché des idées.

[17]

Afin d'expliquer l'importance de la liberté d'expression pour la démocratie, Z. Chafee rappelle deux des quatre principes de Thomas Emerson (1970). Premier principe, tout individu a le droit de mettre en œuvre sa personnalité et ses capacités en s'exprimant librement. Cette idée d'une exigence humaine d'expression de soi pour l'accomplissement personnel sera souvent mobilisée pour la défense de la démocratie. En 1974, dans *Procurier v. Martinez* ⁴¹, le juge Thurgood Marshall écrira : « *The First Amendment serves not only the needs of the polity but also*

³⁸ Dans un pamphlet publié en 1934, *Shall We defend Free Speech for Nazis in America?* l'organisation American Civil Liberties Union (ACLU) illustre cette idée. Elle défend le droit des Nazis de manifester dans la rue mais non le droit de défiler en portant des armes.

³⁹ Voir aussi la critique de la restriction de la liberté d'expression en temps de guerre par Ernst Freund (1973, 1919 ; Kalven, Freund et Ginsburg 1973).

⁴⁰ Arrêt *Abrams*, p. 628.

⁴¹ *Procurier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974), p. 427.

those of the human spirit - a spirit that demands self-expression ». Une limite à la liberté d'expression est une atteinte au désir fondamental de communication, d'affirmation de soi et de reconnaissance de l'être humain et constitue une insulte à sa valeur et à sa dignité.

Second principe rappelé par Z. Chafee, l'atteinte de la vérité se fait au travers de la discussion publique. Selon John Stuart Mill (*On Liberty*), chaque individu détient des savoirs limités et connaît des expériences de vie tout aussi limitées, aussi seul un débat ouvert à toutes les idées et expériences permet-il de voir émerger la vérité et un consensus social. T. Emerson ajouta à ce principe, que la liberté d'expression permet de maintenir un équilibre entre des positions contradictoires et d'éviter des tensions et des conflits trop aigus au sein d'une société. Dès lors, l'État ne saurait porter atteinte à la liberté d'expression et s'opposer à la libre circulation des idées.

En 1948 (26), Alexander Meiklejohn ⁴² publie *Political Freedom : The Constitutional Powers of the People*. Il défend à son tour l'idée que le débat public ne peut être privé des avis de tous et il marque le débat par le lien qu'il établit entre autogouvernement et liberté d'expression. Celle-ci permet aux citoyens de connaître les enjeux politiques qui les concernent et de participer au gouvernement de leur communauté (« *self-government theory of speech* »). Comme le note Karen L. Bird (2000, 401), selon A. Meiklejohn le 1^{er} amendement a deux objectifs : « *There is an important difference between the First Amendment as a mechanism to limit the state's intervention in the lives of free citizens and free speech as a means to promote citizens' engagement in self-government* ». Il distingue aussi le discours public (politique) qui concerne le bien-être général et le discours privé qui vise un intérêt particulier (commerce, publicité, Meiklejohn 1948, 37) ⁴³. De plus, conscient du danger de l'intolérance démocratique et écrivant à l'époque de la Commission [18] McCarthy et des soupçons de manque de loyauté à l'Amérique, il s'interroge sur la tyrannie et la « *hysterical brutality* » des majorités (1948, 43) et il pose une question : une société auto-gouvernée doit-elle interdire des propos exigeant la fin de l'autogouvernement, en un mot, des propos politiques subversifs ? Il répond en réaffirmant le droit à exprimer des propos politiques extrémistes. En effet, les citoyens doivent savoir faire face à tout type de propos et tolérer toute idée,

⁴² A. Meiklejohn (1872-1964) occupa différents postes universitaires, dont celui de doyen à l'Université Brown (Brown University).

⁴³ L'idée d'une protection différente des propos politiques et privés sera reprise par la Cour US ultérieurement : *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) ; *Federal Communications Commission v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364 (1984) ; *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992).

fausse, dangereuse, dérangeante (1948, 27-28). Il investit la Cour US de la fonction d'éducation des citoyens à cette forme de tolérance.

Les arguments avancés durant les années 1910-1940 pour refuser des limites à la liberté d'expression relèvent de principes du libéralisme classique. Endiguer le pouvoir des gouvernants, assurer l'éducation politique des citoyens, garantir la pleine participation de ces derniers aux décisions publiques, sont depuis le 18^e siècle des projets ancrés dans les luttes contre des États tyranniques, des institutions religieuses intolérantes, des aristocraties prédatrices et des majorités culturelles autoritaires. Former des citoyens informés, rationnels, désintéressés, aptes à gouverner semblait alors permettre d'abattre ces hiérarchies ⁴⁴. Ces arguments relèvent néanmoins d'une lecture partielle du contexte politique et de l'évolution des sociétés. Les années 1910-40 sont des années de contestations populaires d'États en guerre, de crise sociale comme de montée de régimes fascistes en Europe. Ce sont aussi des années de lutte contre des monopoles privés et contre le laissez-faire économique, et des années de régulation du marché en faveur du plus grand nombre. Cette double mutation porte à des questionnements sur le libéralisme classique, son idéologie humaniste et sa notion de progrès, et elle induit l'entrée de nouveaux acteurs sur la scène politique.

⁴⁴ Les auteurs libéraux classiques, T. Jefferson, J. Locke, A. Smith, A. de Tocqueville, désiraient créer une morale privée et publique, inculquer un sens des responsabilités aux citoyens et lutter contre la tendance de ceux-ci à l'hédonisme ou à la défense de leur seul intérêt. Pour J. Locke (1989, 103), tout humain est capable de « *to deny himself his own desires, cross his own inclinations, and purely follow what reason directs as best, tho' the appetite lean the other way* », et il doit le faire.

[18]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.2.

Droit à l'égalité et discrimination aux États-Unis

[Retour à la table des matières](#)

Alors que la Dépression des années 1930 met en cause le laissez-faire économique des États occidentaux, les exactions des régimes fascistes et nazi européens envers les populations civiles et le nombre de membres de minorités culturelles assassinés ou déplacés entre 1920 et 1945 portent à questionner le précepte humaniste du libéralisme classique. Le tort social, politique et individuel, causé par un traitement discriminatoire violent fait irruption dans la réalité d'après-guerre.

[19]

La promotion des droits de la personne est inscrite à l'agenda des Nations Unies et la propagande haineuse devient une préoccupation des puissances alliées. L'Assemblée générale vote plusieurs documents ⁴⁵, dont en 1948 la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ⁴⁶ et la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* ⁴⁷, en 1965 la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, dont la haine raciale ⁴⁸, et en 1966 le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ⁴⁹

⁴⁵ Ces documents ne remplacent pas les protections constitutionnelles nationales mais imposent aux États signataires une protection minimale des droits individuels.

⁴⁶ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Résolution AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e session, supp. 13, Doc NU A/810 (1948) 71, adoptée le 10 décembre 1948.

⁴⁷ *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, Résolution AG 260A (III), approuvée le 9 décembre 1948, entrée en vigueur le 12 janvier 1951.

⁴⁸ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Résolution AG 2106A (XX), adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969. L'article 4 se lit comme suit : « *Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine eth-*

(ratifié par le Canada en 1976). Ce Pacte souligne l'importance de reconnaître aux groupes minoritaires leur propre vie culturelle, linguistique et religieuse ⁵⁰. Il inclut deux articles sur la liberté d'expression.

L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 de l'article 19 comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent être expressément fixées par la loi et qui sont [20] nécessaires : a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ⁵¹.

nique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales ; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent :

- a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous les actes de violence, ou la provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ;
- b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités ;
- c) À ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager.

⁴⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Résolution AG 2200 A (XXI), adoptée le 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976. M. Matsuda (1989, 2341 *et ss.*) rappelle les conflits qui opposent les diplomates américains et soviétiques lors de l'adoption du Pacte. Les premiers échouent à faire adopter en place du terme d'expression, le terme de discours (« *free speech* ») qui aurait donné une aura internationale à la doctrine américaine. La position soviétique prévaut et la notion retenue dans l'ensemble du document est « liberté d'expression ».

⁵⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Le libellé de l'article 27 est le suivant : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

⁵¹ L'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* se lit comme suit : « 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions. 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale,

L'article 20(2) mentionne la notion de « *haine* » selon des paramètres précis : « *Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, est interdit par la loi* »⁵². Aucune restriction d'autres formes de discours discriminatoire n'est incluse.

Aux États-Unis, le droit à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination est inclus dans la première clause du 14^e amendement, l'*Equal Protection Clause*. Adoptée en 1868 pour protéger les droits des Noirs à la suite de l'abolition de l'esclavage, l'*Equal Protection Clause* est rédigée en termes généraux et appliquée à plusieurs types de discrimination et non uniquement à celle fondée sur la « race ». Pendant près d'un siècle, la Cour US applique restrictivement cette clause, comme les clauses relatives à la non-discrimination incluses dans le 13^e, le 14^e amendement et le 15^e amendement adoptés entre 1865 et 1870 pour protéger les droits des Noirs⁵³. Connus comme *Civil War* ou *Reconstruction Amendments*, chacun de ces trois textes accorde au Congrès le pouvoir de mettre en œuvre son contenu respectif⁵⁴ mais la Cour US empêche le Congrès de le faire⁵⁵. Dans une série de décisions en 1883, les *Civil Rights Cases*⁵⁶, elle élabore la doctrine de la « *state action* », selon laquelle le 14^e amendement concerne l'action gouvernemen-

écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. 3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires : a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

⁵² Le libellé de l'article 20 du Pacte est : « 1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi. 2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ».

⁵³ Le 13^e amendement (1865) prohibe l'esclavage. Selon la Constitution, l'esclavage est une institution des États, hors de portée du gouvernement fédéral, mais les esclaves sont considérés comme des personnes et non des biens Wilentz 2018 ; Feldman 2022). Le 14^e amendement (1868) prévoit qu'une personne née aux États-Unis est un citoyen, et que « *no state can abridge the privileges or immunities of such citizens ; nor may deprive any person of life, liberty, or property without due process of law or deny any person of equal protection of the laws* ». Le 15^e amendement (1870) interdit le déni du droit de vote par le gouvernement fédéral ou les États, sur la base de la race ou d'une condition antérieure de servitude.

⁵⁴ Selon le 13^e amendement, « Congress shall have the power to enforce this article by appropriate legislation ».

⁵⁵ Pour une description des conflits raciaux après 1865 et le statut des Noirs, voir Gates Jr. 2019 ; Foner 2019.

⁵⁶ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

tale et non les rapports privés. Elle [21] statue que le 13^e amendement doit être interprété de façon limitative pour interdire l'esclavage mais non pour légiférer contre la discrimination. La Cour US n'élargira la portée de ces amendements que durant les années 1960 ⁵⁷.

La moindre importance accordée au droit à l'égalité par rapport à la liberté d'expression de propos discriminatoires, offensants, violents, tient à l'extrême méfiance envers l'État central et à un racisme persistant. La ratification du *Bill of Rights* en 1791 manifesta une volonté de protéger le pouvoir des États de l'autorité du pouvoir fédéral qu'un siècle plus tard, la doctrine du « *state action* » réaffirme. Dans le domaine des relations raciales, la doctrine permet le maintien d'élections primaires réservées aux candidats de race blanche et rend impunis les propos et les actes violents du Ku Klux Klan et ce, malgré le *Civil Rights Act* de 1875 (Schmidt 1987). Aux États-Unis, l'adoption depuis la fondation de l'État, de dispositions relatives à l'égalité ne visent pas l'égalité de tous mais l'abolition de pratiques particulières (l'esclavage et non la ségrégation par ex.). Aussi, les gouvernements, fédéral et des États, maintiendront durant des décennies, des régimes de discrimination raciale sans que la Cour US ne vienne limiter leur pouvoir. Quelques arrêts invalident certes au 19^e siècle des discriminations basées sur la race mais ils ne modifient pas radicalement la situation des Noirs et des autres minorités raciales (par ex. *Strauder v. West Virginia*, *Yick Wo v. Hopkins* ⁵⁸).

Cependant, des dynamiques sociales font des diverses formes de discrimination, des pratiques de plus en plus sujettes à controverse à partir des années 1940. Il s'agit de la ségrégation résidentielle et scolaire et de la pauvreté des Noirs, de leurs contestations dans le domaine du logement à partir des années 1940, puis du regain de leur lutte pour l'égalité de leurs droits à la suite de leur participation à la Seconde guerre. Il s'agit encore de la mise à nu du racisme institutionnel et systé-

⁵⁷ Dans *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968), la Cour US décide que la Congrès peut adopter des lois pour interdire la discrimination en matière de vente d'immeuble, même entre parties privées, en vertu du 13^e amendement. Elle avance que selon cet amendement, le Congrès peut adopter « *all laws necessary and proper for abolishing all badges and incidents of slavery in the United States* » (p. 439). Dans *United States v. Guest*, 383 U.S. 745 (1966), six juges de la Cour US, dans des opinions concurrentes et dissidentes, statuent que le 14^e amendement pourrait s'appliquer aux rapports privés pour y interdire la discrimination.

⁵⁸ *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880) concerne des mesures déniaient le droit des personnes noires d'être membres d'un jury, déni qui viole le droit des accusés au criminel en vertu de la clause d'*Equal Protection* du 14^e amendement. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) concerne le principe qu'une loi dont le contenu est en apparence neutre (« *race-neutral* »), peut être appliquée de manière discriminatoire, en violation également de la clause d'*Equal protection* du 14^e amendement.

mique envers les populations non blanches ou non issues de l'Europe du Nord qui se lit dans les politiques d'immigration comme dans des propos publics suprémacistes, eugénistes et nordicistes (Okrent 2019).

[22]

Ces constats et conflits modifient quelque peu les rapports de force défavorables aux minorités raciales et ethniques (non issues de l'Europe du Nord et de la Grande-Bretagne). Un débat public s'amorce. En 1944, G. Allport, un psychosociologue connu, publie *The Bigot in Our Midst* et, plus important, en 1954, l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka* ⁵⁹ (ci-après arrêt *Brown*) représente une importante application du principe de l'égle protection par la loi (14^e amendement). L'arrêt apporte des correctifs à la ségrégation raciale scolaire et insiste, fait nouveau, sur les dommages psychologiques causés aux individus par cette pratique (Delgado 1982, 145) ⁶⁰. La même année, G. Allport édite un nouveau volume, *The Nature of Prejudice*. Il y fait état que quatre Américains sur cinq sont si hostiles aux minorités qu'ils sont prêts à changer leur mode de vie pour les éviter.

Les années 1960 marquent ensuite une aggravation des conflits sur la discrimination alors que des minorités autochtones et des mouvements féministes contestent leur statut d'infériorité sociale et que le tarissement des flux migratoires européens en période de croissance économique oblige à un changement. La discrimination raciale et ethnique des flux de migrants est abolie en 1965 au profit d'un système universaliste ⁶¹ (Hirota 2017 ; Okrent 2019). Dans ce nouveau contexte, le débat s'élargit et des ouvrages qui marqueront l'histoire des relations raciales, paraissent : en 1963 *Stigma* par Erving Goffman, en 1965 *Dark Ghetto* par Kenneth Clark. Et une loi jalon, le *Civil Rights Act* de 1964, vient protéger cinq catégories d'individu contre la discrimination (race, couleur, origine nationale, religion, genre). Elle prohibe la discrimination lors de l'inscription sur les listes électorales et dans l'emploi dans les secteurs privé et public, et elle interdit la ségrégation raciale à l'école et dans les services publics.

⁵⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). D'autres arrêts invalident des lois discriminatoires, dans les milieux scolaires (*Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950) ; *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637, 640 (1950)), concernant les mariages interracial (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)) et la ségrégation dans les transports (*Johnson v. Virginia*, 373 US 61 (1963)). Dans ce dernier arrêt, la *Cour US* renverse la condamnation pour outrage au tribunal d'un Afro-américain ayant refusé l'ordre d'un juge de s'asseoir dans la section qui lui était assignée dans la salle d'un tribunal de l'État de Virginie. Voir *Tushnet* 1994.

⁶⁰ *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954), p. 494.

⁶¹ *An Act to amend the Immigration and Nationality Act, and for other purposes* (Hart-Cellar Act), (Pub. L. 89-236, 79 Stat. 911), adopté le 3 octobre 1965.

Les propos racistes et les arrêts *Beauharnais, Sullivan et Brandenburg*

Dans ce contexte conflictuel des années 1950-60, les arrêts de la Cour US concernant la liberté d'expression et les propos racistes ou ethnocentristes sont rares et reproduisent la théorie du caractère primordial de la liberté d'expression pour la démocratie. Mais certains sont significatifs. Soit, ils défendent ouvertement les droits des Noirs et d'autres minorités à ne pas subir, comme groupes, des propos non [23] seulement discriminatoires mais ouvertement humiliants, dérogoires et incitant éventuellement à la violence à leur égard. Soit, ils ouvrent la voie à des critiques offensantes, violentes, d'institutions et de représentants de l'État, une voie que peuvent suivre des membres des minorités victimes de ces institutions et représentants.

En 1952, dans une cause concernant l'interdiction de propos racistes et intolérants, *Beauharnais v. Illinois*⁶² (ci-après arrêt *Beauharnais*) la Cour US déclare constitutionnelle une loi pénale de l'Illinois interdisant toute publication qui « *portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion [et qui] exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots* ». La diffamation collective n'est pas protégée par la Constitution⁶³.

En 1964, l'affaire *New York Times Co. v. Sullivan*⁶⁴ (ci-après arrêt *Sullivan*) marque un autre changement d'importance bien qu'au prime abord il ne semble concerner que la liberté de critiquer un agent de l'État. Une annonce signée par des personnes renommées, dont des membres du clergé du sud des États-Unis⁶⁵, dé-

⁶² *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁶³ « Libelous utterances not being within the area of constitutionally protected speech, it is unnecessary, either for us or for the State courts, to consider the issues behind the phrase "clear and present danger." Certainly, no one would contend that obscene speech, for example, may be punished only upon a showing of such circumstances. Libel, as we have seen, is in the same class » (arrêt *Beauharnais*, p. 266).

⁶⁴ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁵ La publicité également signée par Eleanor Roosevelt, Marlon Brando et Langston Hughes, s'étend sur une page entière du *New York Times* et est financée par un comité de soutien à Martin Luther King Jr.

https://en.wikipedia.org/wiki/New_York_Times_Co._v._Sullivan#/media/File:Heed_Their_Rising_Voices.jpg

nonce le traitement brutal de manifestants du Mouvement pour les droits civils la police de Montgomery (Alabama). M. Sullivan, conseiller des affaires publiques de Montgomery et superviseur du Département de police de la ville, considère les commentaires de l'annonce sur les policiers faux et ceux à son égard, diffamatoires. La Cour US statue que, dans le cas d'agents de l'État (« *public officials* »), l'octroi de dommages n'est possible que si les propos exprimés sont faux et si le défendeur les savait mensongers ou a fait preuve d'une insouciance déréglée (« *reckless disregard* ») quant à leur véracité ⁶⁶.

Selon Karen Bird (2000, 402), l'arrêt doit être lu comme le début de la reconnaissance de l'égalité des droits des Noirs et de leur liberté d'expression, car il crée un premier lien entre le 1^{er} amendement et la protection des droits des minorités. Lee C. Bollinger (1986, 48) tire d'autres conclusions. Selon lui, l'arrêt participe [24] d'une définition absolutiste de la liberté d'expression comme l'exprime le juge Brennan pour la Cour US : « *the debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials* » ⁶⁷. À la suite du juriste Harry Kalven ⁶⁸, L. Bollinger parle d'une alliance Meiklejohn-Sullivan qui fait de la liberté d'expression le fondement d'une société démocratique et autonome, car elle seule permet la prise de décisions, politiques et autres, éclairées. Et cette alliance permet à tout un chacun, dont les membres des minorités contestataires, d'exprimer leurs griefs contre l'État et ses officiels.

Mais, en février 1969, dans *Brandenburg v. Ohio* ⁶⁹ (ci-après arrêt *Brandenburg*), la Cour US annule la condamnation d'un dirigeant d'une section du Ku Klux Klan en Ohio qui dénigre à la fois les Noirs américains et des institutions de l'État. Clarence Brandenburg, un responsable de l'organisation, obtient d'un journaliste de télévision la couverture d'un rassemblement local du Klan. Le reportage montre un groupe d'hommes, dont C. Brandenburg, en costume du Klan, avec des armes, brûlant une croix, insultant les Noirs américains et les Juifs et accusant le Président, le Congrès et la Cour Suprême d'opprimer la race blanche. Les propos suivants sont prononcés lors du rassemblement : « *We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continue to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revenge*

⁶⁶ Arrêt *Sullivan*, p. 279-280.

⁶⁷ Arrêt *Sullivan*, p. 270.

⁶⁸ Harry Kalven Jr. (1914-1974) est réputé être un des constitutionnalistes les plus accomplis du 20^e siècle dans l'analyse du 1^{er} amendement. Il publia *Cases and Materials on Torts*, et *The Negro and the First Amendment*. Son fils édita un de ses derniers manuscrits, *A Worthy Tradition : Freedom of Speech in America*, 1988.

⁶⁹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

taken »⁷⁰. C. Brandenburg est condamné à une amende de 1,000\$ et à dix ans de prison pour avoir enfreint une loi interdisant la promotion de la violence comme moyen de réforme politique. La Cour suprême de l'Ohio rejette l'appel et refuse d'entendre la cause sur le fond car « *no substantial constitutional question exists herein* »⁷¹.

La Cour US statue que la loi est inconstitutionnelle, car il faut circonscrire l'interdiction aux cas d'incitation concrète à une action illégale imminente et probable⁷². Elle crée une nouvelle doctrine en refusant de pénaliser des appels [25] abstraits à la violence et à la violation de la loi (Kaufman 2017, 63) : des propos promouvant des actes illégaux ou violents sont protégés en autant qu'ils n'ont aucun effet réel et aucun lien direct prouvé avec une action. Conséquemment, seuls des propos « *directed to inciting or producing lawless action and likely to incite or produce such action* »⁷³ peuvent être sanctionnés.

L'arrêt *Brandenburg* ne statue pas sur les propos racistes, suprémacistes, de C. Brandenburg et, dans deux arrêts subséquents, la Cour US réitère la nouvelle doctrine de la légalité de propos violents envers l'État s'ils ne s'accompagnent pas d'effets concrets.

En avril 1969, dans *Watts v. United States*⁷⁴ (ci-après arrêt *Watts*), la Cour US affirme la nécessité de laisser s'exprimer tout propos contre l'État, même dérangeant et impopulaire. Un jeune conscrit a déclaré : « *[i]f they ever make me carry a rifle the first man I want to get in my sights is L. B. J.* ». Il est condamné pour violation d'une interdiction de proférer des menaces à la vie ou à l'intégrité physique du Président des États-Unis. La Cour US annule la condamnation et rappelle

⁷⁰ Arrêt *Brandenburg*, p. 446.

⁷¹ Arrêt *Brandenburg*, p. 445.

⁷² « [T] he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action » (arrêt *Brandenburg*, p.447). Ce test inclut des éléments de la doctrine du « clear and present danger » de l'affaire *Schenck* mais est plus favorable à la liberté d'expression. Il jette un doute sur des décisions de la Cour US avançant un critère plus restrictif de la liberté d'expression, comme les arrêts *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919), *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919), *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951). Il renverse explicitement l'arrêt *Whitney* de 1927 qui confirmait la constitutionnalité d'une loi prohibant la promotion de la violence comme moyen de réforme politique au nom du danger sérieux que cela constituait pour l'État.

⁷³ Arrêt *Brandenburg*, p. 444.

⁷⁴ *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969), p.706.

l'importance du débat public et du droit de critiquer le gouvernement. Citant l'arrêt *Sullivan*, elle déclare ⁷⁵ :

[T]he statute initially requires the Government to prove a true "threat." We do not believe that the kind of political hyperbole indulged in by petitioner fits within that statutory term. For we must interpret the language Congress chose against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.

En 1971, dans *Cohen v. California* ⁷⁶ (ci-après arrêt *Cohen*) la Cour US entend la cause d'un prévenu condamné au criminel pour avoir porté dans la salle et le couloir d'un tribunal, un blouson avec l'inscription « *Fuck the Draft* ». Elle juge que la doctrine des « *fighting words* » ne s'applique pas, les mots en cause ne représentant [26] pas un danger physique imminent. Elle annule la condamnation et critique l'argument selon lequel on peut prohiber des propos grossiers et vulgaires. Selon le juge Harlan pour la Cour ⁷⁷ :

[W]hile the particular four-letters word being litigated here is perhaps more distasteful than most others of its genre, it is nevertheless often true that one man's vulgarity is another's lyric.

[...] we cannot indulge the facile assumption that one can forbid particular words without also running a substantial risk of suppressing ideas in the process. Indeed, governments might soon seize upon the censorship of particular words as a convenient guise for banning the expression of unpopular views.

Les années 1960 voient la Cour US affirmer sa conviction que le débat public doit être libre de toute bienséance. Les critiques du gouvernement et de toute autorité officielle sont permises au nom de la nécessaire libre expression des opinions et points de vue, en autant qu'ils ne menacent pas l'État et la paix. Ce positionnement de la Cour US semble constituer une étape éventuellement significative pour la question des propos haineux et/ou racistes, qui prennent souvent la forme d'insultes et de qualifications vulgaires et choquantes.

⁷⁵ Arrêt *Watts*, p.708.

⁷⁶ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

⁷⁷ Arrêt *Cohen*, p. 25-26.

C'est dans ce contexte de conflits raciaux et de positionnements de la Cour US que des auteurs deviennent célèbres pour leur théorie d'une liberté d'expression quasi absolue.

[26]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.3.

La position libertarienne

John Hospers, 1971

[Retour à la table des matières](#)

En 1971, le Parti Libertarien est fondé et John Hospers, professeur de philosophie à l'Université de la Californie (University of Southern California), publie la même année *Libertarianism : A Political Philosophy for Tomorrow*. Dans l'ouvrage (1971, 80), il décrit les principes du droit absolu de chacun à la liberté et le rôle des gouvernements : « *No one is anyone else's master ; Rights are claims that we make AGAINST governments ! The government must never initiate an action to create a better world ; Other men's lives are not yours to dispose of* ».

[27]

Selon J. Hospers (1971), les droits appartiennent par nature aux individus et ne sont nullement accordés par des gouvernements. Aussi, des gouvernants ne sauraient-ils imposer une censure, ni contrôler les produits du travail de chacun, et la vocation de l'État est-elle essentiellement la protection des individus des abus d'autrui :

[T]he only government tolerated by libertarians is one that exercises only retaliatory use of force on anyone who initiates the use of force against anyone else within its borders (p.15),

There should be no laws to protect people from themselves. Each person is the owner of his own life, and no one should be permitted to use force against him to make him change it. Nor should there be laws, which force him to help others (p. 21),

The sole province of the law is to prevent people from harming one another (p. 21). Every right entails a duty, true – but the duty is only that of forbearance – that is, of refraining from violating the other person's right (p. 58).

Si l'unique rôle d'un gouvernement est de protéger le citoyen contre l'agression d'autrui, ce principe n'inclut pas des mesures pour défendre les droits des individus maltraités ou/et spoliés. J. Hospers écrit durant les années 1960 alors que le racisme est omniprésent aux États-Unis. Il définit le racisme comme une aberration logique et une injustice, mais il ne participe pas de l'idée de réduire les inégalités entre races par des interventions étatiques. Il cite à ce propos (1971, 86) Ayn Rand dans *The Virtue of Selfishness* (1964) :

[I]t is hard to say which is the more outrageous injustice : the claim of Southern racists that a N. genius should be treated as an inferior because his race has 'produced' some brutes, or the claim of a German brute to the status of a superior because his race has 'produced' Goethe, Schiller, and Brahms.

J. Hospers (1971, 86) défend le principe absolu de l'individualisme, i.e. de l'octroi de tout statut, récompense et honneur en fonction du mérite :

[T]oday one encounters the phenomenon of 'racism in reverse' – giving special consideration to individual members of a race which were discriminated in the past.

If a man is not a good teacher or scholar, on what basis can one recommend him as an individual ? And what could one think of oneself for recommending an inferior teacher to inflict on students when a superior teacher (of whatever race) is available ? How does the fact that he belongs to a certain race constitute either a recommendation or a condemnation of him ?

[28]

Alors que J. Hospers publie son ouvrage en 1971, deux auteurs, qui occuperont la scène jusqu'aux années 2000, font paraître des articles précisant la position libertarienne. Ronald Dworkin, professeur de droit ⁷⁸ propose en 1970 un texte jalon, *Taking Rights Seriously*, et en 1977 un volume du même titre. Thomas Scanlon, professeur de philosophie à l'Université Princeton, publie *A Theory of Freedom of Expression* en 1972 et *Freedom of Expression and Categories of Expression* en 1978-1979.

⁷⁸ Aux écoles de droit des Universités Yale et de New York, puis à l'Université d'Oxford et au Collège universitaire de Londres (University College London).

Ronald Dworkin, 1970, 1977

Selon R. Dworkin, les citoyens ont des droits moraux contre leur gouvernement que ce dernier ou la Cour US ne sauraient limiter ou restreindre pour asseoir leur pouvoir, complaire à une majorité, ou assurer l'intérêt général ou le respect de la loi. Les droits moraux sont inaliénables, car un citoyen a d'autres devoirs que ceux qu'il doit à l'État, et les juges, politiciens et législateurs doivent prendre ces droits au sérieux. Afin d'illustrer cet impératif qui fonde le droit de désobéissance civile, dont le refus de combattre au Viet Nam, R. Dworkin mentionne deux confusions présentes dans la Constitution, celle entre droits moraux et droits légaux, et celle entre détenir un droit (« *to have the right to* ») et se comporter correctement (« *to do the right thing* »). La moralité personnelle ou publique ne saurait fonder des droits ou les limiter (Dworkin 1977, 184).

Un respect « sérieux » des droits s'appuie sur deux idées, la dignité humaine et l'égalité politique. La première suppose qu'il y a des manières totalement injustes de traiter une personne, soit celles qui nient sa qualité de membre à part entière de la communauté humaine. La seconde idée suppose que les membres les plus faibles d'une communauté politique ont droit à la même attention et au même respect par le gouvernement que les membres les plus puissants (1970, 16). La liberté d'expression est essentielle précisément parce qu'elle assure cette pleine reconnaissance de tout un chacun comme humain et permet sa pleine participation politique et sociale. Aussi R. Dworkin juge-t-il toute limite de la liberté d'expression comme une atteinte à la dignité et à l'égalité des citoyens (1977, 199).

Il donne deux interprétations de l'égalité : le droit de détenir les mêmes chances que les autres, et le droit d'être traité comme un égal, i.e. de voir sa participation à la vie politique traitée avec attention et respect (1977, 273). Il considère le droit à l'égalité dans la vie politique comme un droit fondamental et les doctrines juridiques du conséquentialisme, i.e. du calcul des coûts et bénéfices d'une [29] loi, comme incohérentes : « *[t]he general benefit cannot be a good ground for abridging rights, even when the benefit in question is a heightened respect for law* » (1970, 11). En effet, porter atteinte aux droits moraux rend l'argument de la défense de la démocratie inopérant et personne ne peut dire que (1970, 9) :

[t]he government is entitled to act on no more than a judgment that its act is likely to produce, over-all, a benefit to the community. That admission would make his claim of a right pointless ... The right to disobey the law is not a separate right... additional to other rights against the government. It is simply a feature of these rights against the government, and it cannot be denied without denying that any such rights exist.

R. Dworkin voit dans des notions de l'intérêt de la communauté ou de la majorité, du maintien de l'ordre, de l'état d'urgence, des notions floues, indéfinissables, et les bienfaits invoqués pour leur défense jamais prouvés. Il donne un exemple : la sanction de la désobéissance civile d'un individu au nom de son éventuelle influence sur d'autres est spécieuse, car rien ne prouve que la tolérance de tels actes ne renforcerait pas la confiance envers l'État (1977, 13). R. Dworkin estime pareillement que seule une atteinte solidement prouvée à la vie ou à la propriété saurait restreindre la liberté d'expression (1970, 22) :

[w]e must reject the suggested principle that the government can ignore rights to speak when life and property are in question. So long as the impact of speech on these other rights remains speculative and marginal, it must look elsewhere for levers to pull.

Des années plus tard, R. Dworkin (2009) précisera la logique de sa pensée en matière de propos haineux : ne pas sanctionner les propos haineux est le prix à payer pour assurer la légitimité de mesures antidiscriminatoires, et aucun discours en démocratie ne saurait être banni. Tout discours participe de la formation de l'opinion publique et le droit de participer à ce processus est fondamental. R. Dworkin veut ignorer sa propre définition des fondements des droits dans le cas des victimes de propos déshumanisants, soit le respect de leur dignité et de participant à part entière de la société.

Thomas Scanlon, 1972, 1978/1979

Dans un article en 1972 (204-226), *Theory of Freedom of Expression*, T. Scanlon répond à l'accusation d'irrationalité faite à la définition absolutiste de la liberté d'expression vu sa protection d'actes causant un préjudice sérieux et sa protection d'ennemis de la démocratie. Le privilège ou le droit de tout dire (1972, 208) ne saurait être expliqué par un calcul des bénéfices et coûts sociaux de la liberté d'expression, mais par l'ancrage de celle-ci dans des droits et des principes, telle que la valorisation du savoir et des activités intellectuelles (1972, 205). Ce « *privilege* » [30] doit être indépendant de toute loi ou institution particulière et de toute nécessité politique, contrairement à la thèse de l'autogouvernement d'A. Meiklejohn ⁷⁹ (1972, 205-206).

T. Scanlon ne s'attarde pas tant à définir le type d'acte d'expression à autoriser qu'à analyser les justifications, les finalités et les effets des limites à la liberté

⁷⁹ Qui veut que la liberté d'expression soit nécessaire à l'exercice du droit des citoyens de s'autogouverner.

d'expression. Agir avec l'intention de causer un préjudice physique ou psychologique ou de faire craindre un tel préjudice, ou encore divulguer une image négative de quelqu'un (« *public ridicule, diffamation* ») justifient une limite de la liberté d'expression mais non l'incitation à de telles actions, car tout acteur est autonome et doit exercer son jugement (1972, 213) :

[T]here are certain harms which, although they would not occur but for certain acts of expression, nonetheless cannot be taken as part of a justification for legal restrictions on these acts. These harms are :

(a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression,

(b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.

T. Scanlon dit suivre le principe du préjudice (« *harm principle* ») de John Stuart Mill : il n'est qu'une raison valable d'interdire une action à un individu, celle de l'empêcher de porter préjudice à autrui ⁸⁰, mais non celle de le protéger de faussetés, d'erreurs ou de dangers (« *substantive evils* », 1972, 217). Alors que le principe de J. S. Mill repose sur l'idée d'une limite au pouvoir de l'État de contrôler la diffusion d'idées, le droit des individus « *to make up their own minds* » (1972, 221-222) est une idée centrale de la pensée de T. Scanlon. Aussi, l'État a-t-il l'obligation de permettre l'accès à toute information, même fausse, en autant qu'aucun préjudice concret n'est prouvé, et le désir de faire du bien, physique ou moral, ne saurait justifier l'intervention de l'État ou celle de la loi.

[31]

Selon T. Scanlon, les pouvoirs de l'État se limitent « *to those that citizens could recognize while still regarding themselves as equal, autonomous, rational agents* » (1972, 215). Un individu autonome et rationnel détient le droit de connaître tout fait et argument en vue de participer à la vie politique. La liberté d'expression permet l'autonomie des citoyens, des individus libres et capables de former des

⁸⁰ « [T]he sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection. ...The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant » (Stuart Mill 2003, 80).

jugements selon leur propre rationalité et hors de toute protection ou coercition de l'État, des institutions et des autres (1972, 216) :

[A]n autonomous person cannot accept without independent consideration the judgment of others as to what he should believe or what he should do. He may rely on the judgment of others, but when he does so, he must be prepared to advance independent reasons for thinking their judgment likely to be correct, and to weigh the evidential value of their opinion against contrary evidence.

Ce faisant, l'État ne peut pas protéger les citoyens contre la divulgation de fausses idées et doit permettre la diffusion publique de tous les points de vue possibles. La liberté d'expression est un attribut de la citoyenneté en démocratie et la base de la légitimité de l'État. Certes, le fait que parfois les individus n'agissent pas rationnellement, peut justifier un paternalisme de l'État (1972, 220) et T. Scanlon pointe deux failles du principe de J.S. Mill. Ce principe ne rend pas compte de limites légitimes à la liberté d'expression quand l'accès aux moyens d'expression est monopolisé par certains acteurs (« *distributive justice* »), ou quand existent des raisons d'intérêt national (guerre, état d'urgence, catastrophe, 1972, 223-226).

Dans *A Theory of Freedom of Expression* (1972), T. Scanlon affirme son refus d'un pouvoir de censure de l'État au nom de la valeur en soi de l'autonomie individuelle. La liberté d'expression permet aux acteurs politiques d'être autonomes, et constitue le contrepoids à l'autorité de l'État et un rempart protégeant la démocratie. Il défend la thèse que l'État est un agent d'autoritarisme et non de régulation.

En 1978-1979, dans *Freedom of Expression and Categories of Expression*, T. Scanlon réaffirme sa vision de la libre expression comme valeur en soi, s'éloignant de l'interprétation utilitariste de J.S. Mill. Seule l'autonomie individuelle est l'aune de la mesure des pouvoirs de l'État (« *autonomy... as a constraint on justifications of authority* », 1979, 533). Mais il établit une distinction entre les actes d'expression. Comme le débat démocratique constitue un intérêt politique supérieur, tout discours concernant le processus électoral et les activités du gouvernement (« *having to do with the electoral process and the activities of government* ») doit être protégé. T. Scanlon définit un propos politique en ces termes : « *'political speech' might be distinguished either by participant intent – expression with a political purpose – or [32] by content and effect – expression that concerns political issues or contributes to the understanding of political issues* » (1979, 538).

En sus de distinguer les actes d'expression en politiques ou non politiques, il faut porter attention aux intérêts des trois catégories d'acteurs de tout conflit sur la liberté d'expression : les auteurs d'un acte, l'audience visée par ces derniers et les passants/témoins (« *bystanders* »), dont semblent faire partie les victimes. T. Scanlon conclut qu'interdire des actes pour protéger les passants, par exemple d'une image publique négative, va à l'encontre de l'intérêt des participants (rechercher une audience) et des intérêts de l'audience (accéder à l'information la plus large) (1979, 527-528). En considérant les intérêts des passants comme contraires aux intérêts des participants et de l'audience, T. Scanlon omet l'effet des actes d'expression haineuse sur leurs cibles et réfute l'argument de la performativité du langage.

Il ressort que la diffamation est sanctionnée si un préjudice est volontairement causé et si l'acte d'expression n'est pas politique. Et T. Scanlon affirme que les propos diffamatoires visant des groupes minoritaires ne sont pas de l'ordre politique, car ils ne participent pas des activités du gouvernement et du processus électoral. Ainsi, sans explication plus élargie, la réputation sociale de certaines catégories d'individus honnies publiquement est-elle dite sans lien avec le domaine politique. Et, dans le domaine dit non politique, le droit à être informé prime sur le droit à être respecté afin de ne pas porter atteinte à l'autonomie des individus.

[32]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.4.

1977, l'affaire *Skokie* : le racisme n'est pas une idée nocive

[Retour à la table des matières](#)

Alors que des auteurs libertariens discutent des fondements d'une vision absolutiste de la liberté d'expression, deux conflits, dont l'affaire *Skokie*, font couler beaucoup d'encre et amorcent le débat sur les propos haineux.

En 1977, un groupe nazi, *National Socialist Party of America* (NSPA), demande l'autorisation de défiler à Skokie, une banlieue de Chicago de quelque 70,000 résidents dont 40,500 sont d'origine juive et environ 5 à 7,000 des survivants de l'Holocauste. La municipalité obtient de la cour du comté, la Circuit Court of Cook County, une injonction préliminaire contre le défilé. Le NSPA conteste la décision, et la Cour d'appel et la Cour suprême de l'État maintiennent l'injonction. La cause est portée devant la Cour US qui, en juillet 1977, suspend l'injonction et renvoie la cause devant la Cour d'appel de l'Illinois (*Nationalist Socialist Party of America v. Village of Skokie* ⁸¹). La Cour d'appel, le même mois de juillet 1977, [33] annule la partie de l'injonction qui interdit le port de l'uniforme nazi mais maintient l'interdiction de porter un swastika. L'insigne nazi est interdit mais non l'uniforme. La cause est à nouveau portée devant la Cour suprême de l'Illinois qui, en janvier 1978, invalide l'injonction dans son entièreté, y compris la prohibition de la swastika (*Skokie v. National Socialist Party*, ci-après arrêt *Skokie*) ⁸².

Dans ce jugement devenu historique, la Cour suprême de l'Illinois déclare que les effets négatifs de propos sur l'audience visée, ne constituent pas une raison valide pour leur interdiction : « *public expression of ideas may not be prohibited me-*

⁸¹ *Nationalist Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie*, 432 US 43 (1977). <https://www.thefire.org/first-amendment-library/decision/national-socialist-party-of-america-et-al-v-village-of-skokie>

⁸² *Skokie v. National Socialist Party*, 69 Ill. 2d 605 (1978).

rely because the ideas are themselves offensive to some of their hearers »⁸³. Certains propos, obscènes, diffamatoires ou incendiaires, peuvent être interdits mais une croix gammée (swastika) ne constitue pas un tel propos (« *fighting words* »⁸⁴), et une injonction interdisant de l'exhiber est inconstitutionnelle.

La Cour fait le choix d'interpréter l'affaire non pas selon l'arrêt *Chaplinsky* qui, en 1942, condamne les propos incendiaires comme n'ayant d'autre effet que de blesser des individus ou de les inciter à la violence. Elle choisit de s'appuyer sur l'arrêt *Cohen* de 1971⁸⁵ dans lequel une majorité des juges explique que vu : « *the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests* », une interdiction ne concerne en rien des propos créant du désordre, de la discorde ou encore des propos offensants (« *verbal tumult, discord, and even offensive utterances* »)⁸⁶. La Cour suprême de l'Illinois déclare encore qu'il est impossible pour des institutions gouvernementales de décider qu'un discours public est acceptable sur la seule base qu'il provoque de la colère ou du ressentiment chez celui qui l'entend⁸⁷. L'effet d'un discours n'appelle pas de sanction, à moins d'être obscène, diffamatoire ou appelant à la violence immédiate. En dépit du mal émotionnel que pourrait causer l'exhibition de la swastika et d'autres symboles nazis à une population d'origine juive, les propos offensants ou impopulaires sont une forme d'expression protégée par le 1^{er} Amendement.

[34]

Alors que le jugement de la Cour suprême de l'Illinois amorce un débat sur le statut des propos haineux, une affaire liée à la précédente est devant un tribunal fédéral. En mai 1977, après avoir obtenu la première injonction contre le défilé nazi, la Ville de Skokie adopte trois ordonnances municipales visant à interdire les défilés. Une ordonnance prescrit l'obtention d'un permis pour un défilé de plus de 50 personnes et une autre prohibe : « *the dissemination of any materials within the Village of Skokie which promotes and incites hatred against persons by reason of*

⁸³ Arrêt *Skokie*, p. 612, citant *Bachellar v. Maryland*, 397 U.S. 564 (1970). Dans cette affaire la Cour US annule la condamnation de manifestants contre la guerre au Vietnam pour trouble sur la voie publique ; et le juge Brennan explique la décision en ces termes : « *[T]he petitioners may have been found guilty, simply because they advocated unpopular ideas* ».

⁸⁴ <https://mtsu.edu/first-amendment/article/959/fighting-words>

⁸⁵ Le jugement autorisa le port d'un blouson où était inscrit « *Fuck the draft* », dans le couloir et la salle d'un tribunal. <https://mtsu.edu/first-amendment/article/295/cohen-v-california>

⁸⁶ Arrêt *Skokie*, p. 613-614, citant l'arrêt *Cohen*.

⁸⁷ <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/728/village-of-skokie-v-national-socialist-party-of-america-ill>

their race, national origin, or religion, and is intended to do so »⁸⁸. Le parti nazi demande un permis de défilé, se voit refuser l'autorisation et conteste les ordonnances devant la cour fédérale de district, laquelle les déclare inconstitutionnelles. La Ville de Skokie fait appel devant la Cour d'appel du 7^e Circuit des États-Unis et, en mai 1978, cette dernière confirme, dans *Collin v. Smith* (ci-après arrêt *Collin*)⁸⁹, l'inconstitutionnalité des trois ordonnances. Concernant l'ordonnance visant les propos offensants, la Cour écrit qu'on ne peut limiter la liberté d'expression en raison du contenu de propos : « *the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content* »⁹⁰.

Selon K. Bird (2000, 403-406), les décisions dans l'affaire *Skokie* et d'autres jugements de l'époque autorisant les défilés nazis constituent « *[t]he most lethal blow to a law against racist incitement* », car elles créent un précédent. Les discours négatifs ciblant des minorités sont déclarés protégés, car ils ne sont pas considérés comme politiques et comme entravant un débat libre d'idées. Cependant, la situation s'avère plus complexe et conflictuelle. Au fil des années 1970, des juges d'autres tribunaux, d'État ou fédéraux, montrent une ouverture vers la reconnaissance du caractère discriminatoire et/ou des effets négatifs sur les personnes et des groupes, des insultes et du harcèlement racistes : *Fisher v. Carrousel Motor Hotel, Inc.* (1967), *Alcor v. Anbro Engineering, Inc.* (1970), *Wiggs v. Courshon* (1973)⁹¹,

⁸⁸ *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), p. 1199.

⁸⁹ *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978).

⁹⁰ Arrêt *Collin*, p. 1202.

⁹¹ Dans ce jugement la Cour reconnaît que les propos en cause sont insultants mais déclare que comme tout un chacun a une origine ethnique, tout un chacun peut subir des insultes, et elle réduit les dommages octroyés par le jury. « *The court condemns the uncivil outburst and rude remarks made by defendant's waitress, but does such an inexcusable insult justify the award of \$25,000 under these circumstances ? Plainly not. We all have ethnic and racial backgrounds and the court notes that there is at least one and usually several epithets ascribed to any ethnic group members, the use of which offends some members of the group. Despite that, it is certain a line would quickly form by members of any ethnic group to receive \$25,000 as balm for an ethnic or racial epithet. The indefensibility of the size of the verdict is plainer still when we place it in context of an epithet delivered in a dispute over the ingredients of a dinner entree when that remark caused neither out-of-pocket expense to the members of the ethnic group nor any apparent mental or emotional injury. Consequently, this court holds a remittitur to be in order. Defendant's motion for a new trial is granted upon the condition that if plaintiffs stipulate to a reduction of the total amount of the verdicts, each verdict to be reduced proportionately to \$2,500 within ten days, said motion will be denied* » (p. 211).

Contreras v. [35] Crown Zellerbach Inc. (1977) et Agarwal v. Johnson (1979) ⁹². Aussi, la question de la nature et des effets de propos offensants est-elle définitivement ouverte durant les années 1970 et envisagée dans des milieux divers, de juges, fonctionnaires, universitaires, militants, communautaires. Mais des réponses favorables aux victimes ne seront apportées aux États-Unis que durant les années 1990 et de manière très controversée.

⁹² *Fisher v. Carrousel Motor Hotel, Inc.* 424 S.W.2d 627 (1967) (Supreme Court of Texas) ; *Alcorn v. Anbro Engineering, Inc.* 2 Cal. 3d 4934 (1970) (Supreme Court of California) ; *Wiggs v. Courshon*, 355 F. Supp. 206 (1973) (U.S. District Court for the Southern District of Florida) ; *Contreras v. Crown Zellerbach* 88 Wn.2d 735 (1977) (Supreme Court of Washington) ; *Agarwal v. Johnson*, 25 Cal.3d 932 (1979) (Supreme Court of California).

[35]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.5.

La rupture canadienne, 1960-1970

[Retour à la table des matières](#)

Durant les années 1930-1940 et après-guerre, alors que la Cour US décide de causes concernant des propos offensants, notamment envers des minorités, au Canada les Témoins de Jéhovah sont un objet de conflits au Québec. Durant les années 1930, la Ville de Québec tente de limiter leur action en adoptant un règlement restreignant leur distribution de publications. Le règlement est invalidé par la Cour Suprême du Canada (ci-après CSC) en l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*⁹³.

Après-guerre, le mouvement religieux redouble de prosélytisme (porte-à-porte, distribution de documents) et ses attaques contre la religion catholique provoquent des réactions violentes dans certaines villes de la province. Il critique les liens entre l'Église catholique et l'État et la structure hiérarchique catholique, prônant un rapport direct des fidèles avec Dieu. La Ville de Montréal tente de limiter la distribution de ses publications par diverses mesures que les Témoins de Jéhovah considèrent comme une atteinte à leur liberté de culte et refusent de respecter. Entre 1945 et 1946, quelque 400 d'entre eux sont arrêtés et remis en liberté en attendant leur procès grâce à la caution d'un des leurs, Frank Roncarelli ; ils reprennent alors leurs activités prosélytes pour être arrêtés à nouveau et remis en liberté sous caution. Les autorités décident de cautions plus élevées et en argent comptant et, à partir du 17 novembre 1946, F. Roncarelli cesse de se porter caution. Mais les Témoins de Jéhovah entreprennent une campagne intensive de distribution d'un document, *La haine ardente du Québec pour Dieu, pour Christ, et pour la liberté, est*

⁹³ *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299. La décision n'existe qu'en anglais, car elle date des années 1950.

un sujet de honte pour tout le Canada ⁹⁴, qui dénonce leur persécution par les catholiques. Le 21 [36] novembre 1946, le Premier ministre du Québec, Maurice Duplessis, intervient publiquement, affirmant que des passages de *La haine ardente* sont séditionnels et qu'en conséquence il donne instruction à l'assistant-procureur général de prendre des mesures. Entre autres mesures, le permis de vente d'alcool de F. Roncarelli, un restaurateur, est révoqué et commence l'affaire Roncarelli qui trouvera son épilogue en 1959 en une décision de la CSC en faveur de celui-ci⁹⁵ (Cartier 2010, 377-378).

Cependant, des accusations de sédition sont portées contre des membres de la secte, et une cause devant la CSC marque le conflit entre les Témoins de Jéhovah et les autorités politiques et religieuses québécoises. En 1949, Aimé Boucher est accusé de distribuer des copies de *La haine ardente*. La CSC rapporte les faits décrits dans l'acte d'accusation (*Boucher v. The King*, ci-après arrêt *Boucher*) ⁹⁶ :

[...] le ou vers le 11 décembre, 1946, à St Joseph dans le district de Beauce, le dit Aimé Boucher de Ste Germaine a publié des libelles séditionnels contenus dans un fascicule intitulé « La haine ardente du Québec pour Dieu, pour Christ et pour la liberté est un sujet de honte pour tout le Canada », en les exhibant en public ou les faisant lire ou les montrant ou les délivrant, ou les faisant montrer ou délivrer dans le but de les faire lire par quelqu'un, le tout malicieusement et contrairement au *Code criminel du Canada*, spécialement aux articles 133, 134 et 318.

La CSC doit décider de l'infraction de libelle séditionnel selon l'article 133 du *Code criminel* ⁹⁷, soit de publier un libelle comportant une « *intention séditionnelle* » comme l'usage illégal de la force pour changer de gouvernement. La CSC exige la preuve d'une intention d'inciter la violence ou à des actes illégaux pour défier l'autorité établie et exonère A. Boucher, car simplement promouvoir des sentiments hostiles entre différents groupes est insuffisant. L'arrêt *Boucher* est depuis lors considéré comme un plaidoyer en faveur de la liberté d'expression au Canada ⁹⁸.

⁹⁴ *La haine ardente du Québec, pour Dieu, pour Christ, et pour la liberté*, est un sujet de honte pour tout le Canada. 1946. Toronto, Watch Tower Bible and Tract Society.

⁹⁵ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

⁹⁶ *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, 267 (Le texte de l'acte d'accusation est en français et le jugement en anglais).

⁹⁷ Il s'agit actuellement de l'art. 59(2) du *Code criminel*, (L.R.C. (1985), c. C-46).

⁹⁸ Comme le rappellera le juge en chef B. Dickson dans l'arrêt *Keegstra* (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (ci-après arrêt *Keegstra*, p. 723).

Existe alors l'article 136⁹⁹ du *Code criminel*, une disposition unique ayant des liens avec l'infraction de diffamation d'un groupe, soit la diffusion de nouvelles sciemment fausses et de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt [37] public¹⁰⁰. Dans une décision relative à la publication du même tract, *La haine ardente (R. v. Carrier, ci-après arrêt Carrier)*¹⁰¹, la Cour du banc du Roi décide à partir d'une analyse historique de la disposition, qu'il faut interpréter le sens d'atteinte à l'intérêt public comme liée à la sédition. Puisque le pamphlet distribué ne constitue pas un libelle séditieux, il ne peut porter atteinte à l'intérêt public au sens de l'article du *Code criminel*. L'affaire Carrier est décidée presque un an après l'arrêt *Boucher*.

Le rapport Cohen, 1966¹⁰²

Durant les années 1960, les questionnements sur les discours haineux sont similaires au Canada et aux États-Unis, ils concernent la nature des propos pouvant être interdits et l'effet de leur restriction sur la démocratie. Néanmoins, le débat est plus large et consensuel au Canada et des questions sont posées sur le statut des minorités et les effets de propos offensants, voire haineux, envers celles-ci.

La divergence tient à l'histoire constitutionnelle et sociale des deux pays¹⁰³. L'idée de la primauté des libertés fondamentales n'intègre la doctrine constitutionnelle canadienne que lors d'un arrêt de la CSC (*Reference re Alberta Statutes* [1938] S.C.R. 100) sur la compétence de l'Alberta de limiter la liberté de la presse¹⁰⁴. Mais, dès les années 1930 sont pointées des lacunes du droit criminel

⁹⁹ De 1953 à 1971, article 166, de 1971 à 1989 article 177, article 181 jusqu'à son abrogation en 1992.

¹⁰⁰ Est coupable d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement, celui qui publie, de propos délibéré et sciemment, des nouvelles ou histoires fausses qui font ou sont propres à faire quelque tort ou dommages à des intérêts publics. (S. R. c. 146, art. 136). (*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 136.)

¹⁰¹ *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75, décidé le 29 novembre 1951.

¹⁰² *Rapport soumis au ministre de la Justice par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (rapport Cohen), 1966. Les pages suivantes sur le Rapport Cohen sont en partie reprises de D. Helly *et al.* 2021.

¹⁰³ Dans l'arrêt *Keegstra* en 1990, le juge en chef, Brian Dickson, rappellera longuement des faits expliquant, selon lui, la particularité du positionnement canadien face aux doctrines états-uniennes.

¹⁰⁴ Dans cet arrêt de 1938 (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100), la CSC statue sur la constitutionnalité de trois lois de la province d'Alberta : *Bank Taxation Act*, *Credit of Alberta Regulation Act* et *Accurate News and Information Act*. Cette dernière oblige les

canadien en matière de propos visant à susciter la haine contre des groupes raciaux, ethniques ou religieux, et en 1934, le Manitoba modifie une loi pour combattre un [38] accroissement de la diffusion de propagande nazie (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A, modifié S.M. 1934, ch. 23, art. 1 ¹⁰⁵).

L'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948 et les efforts des Nations Unies en vue de codifier les droits humains et de voir une déclaration universelle des droits recueillent un soutien du public canadien ¹⁰⁶. Existe aussi au Canada une opposition de segments de la société aux mesures répressives et aux abus de droits par les gouvernements durant la Seconde guerre mondiale, notamment aux lois limitant les activités des mouvements ouvriers et communistes. Les provinces se positionnent également en matière de discrimination et l'intérêt pour les droits de la personne s'amplifie au sein de la société civile. Autre fait notable, des groupes activistes militent contre la violence envers les minorités et l'activisme de groupes juifs se révèle particulièrement effectif. À la suite de l'Holocauste, un revirement est survenu au sein des milieux activistes juifs : ils n'espèrent plus une action efficace des États contre l'antisémitisme et estiment nécessaire de combattre eux-mêmes les groupes le prônant (Sonabend 2019 ; Helly, Benmoussa et Bachand 2018). Et l'émergence en nombre de groupes d'extrême droite vers la fin des années 1950 et le début des années 1960, ainsi que la distribu-

journaux à publier la réponse du gouvernement à toute critique formulée à son égard. La CSC décide que les trois lois sont *ultra vires* (*Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act ; The Credit of Alberta Regulation Act ; and the Accurate News and Information Act*). Les juges Duff et Davis, soulignant l'importance du débat public et de la critique politique pour la démocratie, écrivent : « *Even within its legal limits, it is liable to abuse and grave abuse, and such abuse is constantly exemplified before our eyes ; but it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions* » (133). Le juge Cannon mentionne également que la démocratie ne peut être maintenue sans sa fondation, qui est « *free public opinion and free discussion through the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law* » (146).

¹⁰⁵ Devenue *La Loi sur la diffamation*, CPLM, c. D20, par. 19(1). La version courante de l'article 19(1) est : « La publication d'une diffamation écrite portant atteinte à une race, à une croyance religieuse ou à une orientation sexuelle de nature à exposer à la haine, à l'outrage ou au ridicule les personnes appartenant à cette race, professant cette croyance ou ayant cette orientation, et susceptible de provoquer l'inquiétude ou le désordre parmi la population, donne droit à une personne de cette race, de cette croyance ou de cette orientation de demander une injonction afin d'empêcher la continuation et la diffusion de cette diffamation ; la Cour du Banc de la Reine peut recevoir l'action ».

¹⁰⁶ Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217A(III), Doc off AGNU, 3^e sess, supp n°13, Doc NU A/810 (1948) 71.

tion de propagande antisémite et antinoire, particulièrement au Québec et en Ontario, mobilisent la communauté juive comme la communauté noire (Cohen 1971 ; Rosen 2000). Ces diverses évolutions contribuent à la décision des autorités canadiennes d'envisager la prohibition de la propagande haineuse et des dispositions proscrivant ce type de propagande sont proposées dès 1953, lors de débats sur la refonte du *Code criminel*.

En 1960 sous le gouvernement fédéral de Diefenbaker, la *Déclaration canadienne des droits* est adoptée, une mesure que plusieurs considéreront comme annonçant la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne* (ci-après *Charte canadienne* ¹⁰⁷). L'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits* protège plusieurs droits, dont la « *liberté de parole* » ¹⁰⁸. Et, en janvier 1965, le ministre de la Justice, [39] Guy Favreau, institue le Comité Spécial de la Propagande Haineuse au Canada (ci-après Comité Cohen) et lui confie le mandat d'étudier la diffusion de la propagande haineuse et les réponses à y apporter ¹⁰⁹. Le Comité Cohen remet son rapport fin 1965 et ce texte, publié en 1966, est un jalon dans le débat politique et académique sur la liberté d'expression et les discours haineux. Il fait œuvre historique en reformulant les arguments prônant une inaliénabilité de la liberté d'expression.

Une préoccupation majeure parcourt le texte : comment protéger à la fois les minorités ciblées par la propagande haineuse et la liberté d'expression ? Dès l'introduction, le Rapport Cohen indique que le travail du Comité implique la possibilité de « *restreindre le droit des gens de s'exprimer librement sur les sujets qui retiennent leur attention* » et que « *les droits individuels ne sont pas absolument intangibles* », car (Comité Cohen 1966, 8)

Au XX^e siècle, nous avons quelque peu perdu confiance dans la faculté des hommes d'exercer leur sens critique envers la parole et les écrits. Au XVIII^e et XIX^e siècles, on croyait généralement que l'homme était une créature raisonnable et que si son esprit était formé, et libéré de la superstition par le savoir, il finirait toujours par distinguer la vérité

¹⁰⁷ La *Déclaration* sera estimée trop restrictive par nombre de tribunaux et ne sera appliquée que dans un nombre restreint d'affaires, ouvrant la voie à l'adoption d'une déclaration des droits enchâssée dans la Constitution (MacLennan 2003).

¹⁰⁸ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch.44, art.1(d).

¹⁰⁹ Il nomme à sa présidence un spécialiste de droit international, militant de la cause des droits de la personne, le doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill et futur juge à la Cour Internationale de Justice de La Haye, Maxwell Cohen. Six autres personnes, représentant des universités (Toronto, Queen's et Pierre-Elliott Trudeau de l'Université de Montréal), le Congrès juif canadien, le *Winnipeg Free Press*, et l'Église catholique (l'abbé Gérard Dion représentant également l'Université Laval) composent le comité.

de l'erreur, le bien du mal. Ainsi, Milton a dit : « Laissons la vérité combattre l'erreur, car dans une lutte libre et ouverte, la vérité finit toujours par triompher ».

De nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple. Même si à la longue, l'esprit humain est rebuté par le mensonge flagrant et aspire au bien, il est trop souvent vrai, dans l'immédiat, que les émotions affectent la raison des gens au point de leur faire rejeter perversement des vérités démontrées et repousser le bien qu'ils connaissent. Le succès de la réclame moderne, le triomphe d'une propagande impudente comme celle d'Hitler ont émoussé sensiblement notre foi en la raison de l'homme. Nous savons que sous la pression et la contrainte des circonstances, des esprits irrités et frustrés peuvent se laisser gagner et même entraîner par un appel hystérique aux émotions. Nous agissons à la légère si nous ne nous méfions pas de l'emprise des émotions sur la raison.

À l'opposé de ses contemporains, juges et théoriciens, aux États-Unis, le Comité Cohen considère l'argumentation de la lutte contre la tyrannie ou de la rationalité humaine pour défendre la liberté d'expression comme une théorie inadaptée après 1945.

[40]

Tout en révélant l'ampleur de la propagande haineuse au Canada, le Comité Cohen met de l'avant, pour la première fois, les conséquences individuelles et collectives, politiques et sociales, de propos haineux. Il fait la preuve des risques et des effets de la haine des minorités au sein d'une société démocratique, incluant dans son rapport une étude d'experts dédiée à l'analyse psycho-sociale de la propagande haineuse et un chapitre sur les effets socio-psychologiques de cette propagande ¹¹⁰.

Vu la difficulté de trouver une définition précise et consensuelle de la haine, le Comité affirme qu'il faut porter l'attention sur ses effets sur les individus ¹¹¹ et sur la société (atteinte à l'égalité, à la paix sociale vu les conflits inter-ethniques et religieux que la haine met à nu, risque de voir les victimes assurer elles-mêmes leur sécurité et affaiblir l'autorité de l'État ¹¹²). Le Comité insiste aussi sur le fait que les propos et actes haineux sont des formes de la discrimination, car ils attentent au droit à l'égalité des membres de catégories sociales dominées. Ils portent à leur

¹¹⁰ Alors que son esprit et ses recommandations sembleraient le permettre, le Comité Cohen ignore le préjudice et le racisme vécus par les populations autochtones, le nazisme est le seul modèle de discours irrationnel dangereux et préjudiciable qu'il invoque.

¹¹¹ Comité Cohen 1966, 27-33, Appendix II, 177-194, 213-220. Des auteurs reprendront cette idée : Bollinger (1986) ; Matsuda (1989).

¹¹² Est citée une manifestation à Allen Gardens, à Toronto, au printemps 1965 quand des groupes juifs proposent d'organiser leur propre défense si l'État n'intervient pas contre la propagande haineuse (Comité Cohen, 32).

exclusion de la sphère sociale, politique et symbolique et dénie leur droit à participer à la vie sociale et politique. Selon le Comité Cohen, les actes haineux par les menaces, le mépris et la violence qu'ils manifestent, sont pour les victimes autant d'injonctions au silence et à l'invisibilité dans la sphère publique.

Comme les membres du Comité ne sont nullement persuadés que l'éducation éradique les préjugés, ceux-ci n'étant pas liés au niveau d'éducation et les populations étant influençables ¹¹³, ils pointent la responsabilité des gouvernements de prévenir la violence et la discrimination que des actes haineux révèlent et diffusent. Ils rompent avec la croyance en une rationalité humaine et une constante évolution positive. S'intéressant essentiellement aux effets de propos haineux sur les individus et sur la vie collective, ils proposent des mesures de prévention ¹¹⁴ et une législation (Comité Cohen 1966, 63) et ils demandent des modifications du *Code criminel* en créant deux notions qui feront date. S'inspirant de lois sur « *la [41] diffamation de collectivités* » adoptées au Danemark et en Autriche, Suède, France, Norvège, Suisse et Argentine, il avance l'idée de groupes identifiables, i.e. des groupes à protéger de la violence physique et « *des menaces et calomnies inspirées par leur religion, leur couleur, leur race, leur langue, leur origine ethnique ou nationale* » (33). Par ailleurs, le Comité tente une définition de la haine comme une qualification fallacieuse, empreinte d'idées préconçues et usant de propos insultants vis-à-vis de groupes identifiables par la religion, la couleur, la race, la langue, ou l'origine ethnique ou nationale (11, 72, alinéa c.). Cette définition n'est pas banale, car ses principaux éléments (propos jugés excessifs, extrêmes, méprisants ; injures malicieuses ; notion de groupe identifiable) seront maintenus jusqu'à un arrêt de la CSC en 2013 ¹¹⁵.

Le Comité Cohen distingue deux éléments de la propagande haineuse, la sédition et la diffamation. Dans le cas de la diffamation, il invoque les propos « *injurieux* » ou « *offensants* », possiblement mensongers, visant à nuire à la réputation d'une personne ou d'un groupe et à encourager la modification des comportements

¹¹³ Il faut « se méfier de l'optimisme de la technique, de cette foi naïve pour laquelle nos connaissances scientifiques peuvent tout résoudre et la science peut tout arranger, comme si la société était une pièce de tuyauterie, sans pour autant s'enfermer dans un scepticisme stérile » (Comité Cohen, 28-29).

¹¹⁴ Par ex. des pressions sociales sur les semeurs de haine et une contre-propagande discréditant leurs sources et leurs idées, la conscientisation des individus à leurs propres limites personnelles, un contact entre les propagandistes et les groupes visés, des programmes scolaires axés sur une sociologie des relations entre groupes sociaux. Le Comité note qu'il n'existe nulle part au Canada, aux niveaux secondaire et universitaire, de cours sur la discrimination raciale ou religieuse.

¹¹⁵ *R. c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 (ci-après arrêt *Whatcott*). Dans l'affaire *Whatcott*, la CSC définira la notion de haine.

du public à leur endroit. Dans le cas de la sédition, il réfère aux libelles suscitant la dissidence parmi les citoyens ou créant des sentiments de malveillance et d'hostilité entre des classes de citoyens (Comité Cohen 1966, 56-57, 292).

La réforme du *Code criminel* et la « révolution des droits de la personne » ¹¹⁶

En 1970, le Parlement fait de la propagande haineuse une infraction punissable et introduit dans le *Code criminel*, des dispositions directement inspirées du Rapport Cohen, les articles 281.1, 281.2 et 281.3 ¹¹⁷. L'article 281.2 (1) prévoit que « [q]uiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe indetifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix » peut être coupable d'un acte criminel ou d'une infraction sommaire. Quant à l'article 281.2(2), il établit : « Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable » peut être coupable d'un acte criminel ou d'une infraction sommaire. Les actes haineux décrits sont définis comme des incidents criminels contre un groupe identifiable, i.e. qui « se [42] différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique » ¹¹⁸. Les infractions concernent les propos tenus en public : « encouragement au génocide (art.281.1) ¹¹⁹, incitation publique à la haine (art. 281.2(1)) et

¹¹⁶ Expression de Clément *et al.*, 2012, 26.

¹¹⁷ *Code criminel*, 1953-1954, c.51. Ces articles correspondent présentement aux articles 318, 319 et 320 du *Code criminel* actuel (*Code criminel*, S.R., ch. C-34.)

¹¹⁸ Art. 281.1(4) et art. 281.2(7) du *Code criminel*. En 1985, l'article 281.1(4) est devenu l'article 318(4) et l'article 281.2(7), l'article 319(7)). Par amendements, seront ajoutés l'orientation sexuelle en 2004, le genre, le handicap et l'âge en 2014 et l'identité ou expression de genre en 2017. *Loi modifiant le Code criminel (propagande haineuse)*, L.C. 2004, ch. 14, art. 1 ; *Loi sur la protection des Canadiens contre la cybercriminalité*, (L.C. 2014, ch. 31), art. 12 ; *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel*, L.C. 2017, ch. 13 art. 3. L'inclusion seulement à partir de 2014 du critère illicite du genre cause une polémique en 2011 lors du procès de Jean-Claude Rochefort. Sur trois de ses sites, celui-ci fait l'apologie de Marc Lépine, coupable du meurtre de quatorze (14) étudiantes de Polytechnique en 1989. Il est accusé d'incitation publique à la haine et la juge Morin rejette l'accusation, soutenant que les femmes ne constituent pas un groupe identifiable selon la loi. Il faudra dix ans de pressions pour que le genre devienne un critère illécite de discrimination (Manirabona 2011).

¹¹⁹ Le Canada adoptera en 2000 la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* qui, au nom de la compétence universelle, permet de poursuivre au Canada les auteurs de

fomenteur volontaire la haine (281.2(2)) ». L'article 281.3 permet l'émission d'un mandat de saisie pour documents si un juge est convaincu qu'il y a motifs raisonnables de croire que ceux-ci constituent de la propagande haineuse.

D'autre part, les articles 261 et suivants du *Code criminel* ¹²⁰ criminalisent le libelle diffamatoire, soit une matière publiée sans justification, ni excuse légitime, et de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou encore destinée à outrager la victime ¹²¹. La peine maximale pour publication d'un libelle diffamatoire est de deux ans, et plus sévère si l'on sait fausse l'information publiée (cinq ans d'emprisonnement ¹²²).

À partir du milieu des années 1970, survient une autre vague de propos haineux et de violence physique envers les Juifs et les Noirs, et aussi les Indiens, les catholiques, les francophones et les Autochtones. Elle prend la forme de tracts ou de brochures et, fait nouveau, de diffusion par téléphone, bande magnétoscopique et internet. En sus, la publication d'articles de journal et de volumes niant l'extermination des Juifs se multiplie. La Société Edmund Burke, le Parti nationaliste du Canada, le Western Guard Party, les Aryan Nations ayant leur siège aux États-Unis, le Heritage Front et les Skinheads sont actifs et la violence accrue du Ku Klux Klan en Ontario et en Colombie-Britannique donne lieu, dans cette dernière province, à l'enquête McAlpine (1981).

Le mouvement canadien en faveur de la reconnaissance de droits de la personne et non uniquement des libertés civiles (presse, parole, association, réunion, religion) se consolide (Behiels 2009), et au cours des années 1970 les droits de la [43] personne s'imposent comme un objet de débat public. Les regroupements militant pour la justice raciale et les droits des femmes se multiplient : en 1974 il existe des dizaines d'organismes de défense des droits de la personne et des libertés civiles. La même année, l'Association des libertés civiles du Québec devient la Ligue des droits de l'homme ¹²³ et la Colombie-Britannique adopte « *la législation sur les*

tels crimes quel que soit leur pays de citoyenneté ou celui des victimes, et ce peu importe le lieu et la date du crime.

¹²⁰ *Code criminel*, 1953-1954, c.51.

¹²¹ *Code criminel*, 1953-1954, c.51, article 262 (1).

¹²² Articles 264 et 265 du *Code criminel*, 1953-1954, c.51.

¹²³ En 1978, la Ligue des droits de l'homme est devenue la Ligue des droits et libertés, son nom actuel.

droits de la personne la plus progressiste du monde de l'époque », le *B.C. Human Rights Code* (Clément *et al.* 2012, 27 ¹²⁴).

En 1977 une intervention majeure pour les droits des minorités est l'adoption de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (ci-après *LCDP*) ¹²⁵. Elle est le fruit d'inquiétudes face à la violence envers les minorités, de l'évolution de gouvernements provinciaux sur la question des discriminations, et des obligations internationales du Canada. En 1976, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels* entrent en vigueur, et le Canada y adhère la même année avec le consentement des provinces ¹²⁶.

La *LCDP* ¹²⁷ interdit un éventail d'actes discriminatoires, notamment en matière d'emploi et d'offre de biens, de services ou de logement, et liste des motifs illicites de différenciation (race, origine nationale ou ethnique, couleur, religion, âge, sexe, situation de famille, handicap physique, état de personne graciée) ¹²⁸. Elle s'applique aux employés(e)s du gouvernement fédéral et d'entreprises privées réglementées par le gouvernement fédéral, et aux personnes recevant des services de ces dernières. Elle s'applique ainsi aux rapports privés qui ressortent de domaines de compétence fédérale. En règle générale, la victime présente sa plainte à la Commission canadienne des droits de la personne, qui statue sur sa recevabilité et, le cas échéant, la réfère au Tribunal canadien des droits de la personne (ci-après *TCDP*) pour instruction ¹²⁹. La personne coupable peut se voir ordonner de mettre fin [44] à l'atteinte et être condamnée à indemniser la victime ¹³⁰. Ainsi, à partir de 1977 il existe deux formes de sanction d'un acte haineux, l'une vise à punir le

¹²⁴ Selon ces auteurs, cette transformation est surprenante, car une tradition de défense des droits brille par son absence au Canada avant les années 1970. Voir aussi Cameron 1988/89.

¹²⁵ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.C. 1976-77, c. 33. Présentement, *Loi canadienne sur les droits de la personne* L.R.C. (1985), c. H-6.

¹²⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3.

¹²⁷ La Loi protège les employés du gouvernement fédéral, des gouvernements des Premières Nations ou des entreprises privées réglementées par le gouvernement fédéral (banques, entreprises de camionnage, télédiffuseurs, sociétés de télécommunications, etc.), ainsi que les personnes recevant des services de ces entités et les personnes voulant se protéger contre les actes discriminatoires qui se fondent sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite.

¹²⁸ Seront inclus l'état matrimonial, l'orientation sexuelle (1996), le genre (2014) et l'identité ou l'expression de genre (2017).

¹²⁹ *LCDP*, partie III.

¹³⁰ *LCDP*, article 53.

commettant (*Code criminel*), l'autre à indemniser la victime et à prévenir des actes discriminatoires (*LCDP*) ¹³¹.

La *LCDP* comporte une disposition qui sera l'objet de maints débats et luttes, l'article 13. Cet article permet de poursuivre les auteurs de messages haineux transmis par téléphone, lesquels considérés des conversations privées, ne sont pas couverts par le *Code criminel* ¹³². Dès 1965 le Comité Cohen s'inquiétait de nouveaux modes de propagation des idées antisémites et racistes ¹³³ :

La grande popularité des tribunes libres radiophoniques pose un problème nouveau et étrange. À l'origine, seules deux stations de radio privées, à Vancouver et à Montréal, présentaient, semble-t-il, des émissions de ce genre, mais comme la pratique se répand, le Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion a annoncé la tenue d'une enquête sur la nature de ces émissions.

L'article 13 n'interdit pas expressément les messages haineux mais établit comme discriminatoire le fait :

¹³¹ Il faut ajouter les recours auprès des Commissions des droits de la personne créées en vertu des *Human Rights Acts* adoptés par les provinces anglophones et au Québec en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* (R.L.R.Q. c. C-12) adoptée en 1975 (ci-après « la *Charte québécoise* »). La *Charte québécoise* s'applique dans les rapports de droit privé (entre personnes) et de droit public (impliquant l'État québécois), elle interdit la discrimination dans l'emploi, l'affichage, l'offre de biens et services, etc. (article 10 *et ss*). Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la *Charte québécoise* confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs (article 49).

¹³² Les *Human rights codes* de l'Alberta (*Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, c A-25.5, art. 3), de la Colombie Britannique (*British Columbia Human Rights Code*, art. 7), de Saskatchewan (*Saskatchewan Human Rights Code*, SS 2018, c S-24.2, art. 14), du Manitoba (*The Human Rights Code*, CCSM c H175, art. 18), incluent une clause similaire à l'article 13. Néanmoins ces dispositions visent des communications publiques et non privées.

¹³³ Par exemple, la remise de brochures aux jeunes assistant au spectacle des Beatles aux Maple Leaf Gardens à Toronto, le 17 août 1965 (Comité Cohen, 11-12, chapitre 2, Appendice III).

[d]'utiliser ou de faire utiliser un téléphone ¹³⁴ de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

[45]

L'article 13 est un complément aux dispositions du *Code criminel* qui interdisent les formes dites les plus extrêmes de haine. Selon la vocation de conciliation entre les parties, allouée aux Commissions des droits de la personne et contrairement au *Code criminel*, il ne porte pas à une sanction pénale ; il permet la fermeture des sites haineux et une indemnisation financière des victimes. Il représente un mode de plainte et de condamnation plus aisé que le *Code criminel*, car il propose une définition du délit haineux plus large (« *questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris* ») et il ne requiert pas une preuve hors de tout doute de l'intention haineuse du commettant. Cette preuve est souvent difficile à faire. L'illustre l'acquittement le 17 septembre 1979 par la Cour d'appel de l'Ontario, de deux Franco-Ontariens ¹³⁵ accusés aux termes du paragraphe 319(2) du *Code criminel*, parce qu'ils n'avaient pas expressément l'intention de fomenter la haine mais plutôt celle de déclencher une controverse, ou un tumulte, afin de pousser le gouvernement à agir et construire une école secondaire francophone.

La Charte canadienne des droits et libertés de la personne et le test de Oakes

En 1982, la *Charte canadienne* vient garantir certains droits et libertés individuels contre l'action étatique. Le droit à l'égalité est enchâssé par l'article 15 et la liberté d'expression protégée par l'article 2b). Ainsi, toute activité qui tente de transmettre une signification sans recourir directement à la violence physique, bé-

¹³⁴ En 2001, sera ajoutée l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais la clause ne s'applique pas quand les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés (art. 13(2) *LCDP*). Voir *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch.41, art.88.

¹³⁵ *Regina v Buzzanga and Durocher*, 25 OR (2d) 705, 101 DLR (3d) 488 (1979) (Cour d'appel de l'Ontario).

néficie d'une protection constitutionnelle sous l'article 2b) ¹³⁶, même si elle encourage des comportements haineux ou des violences.

En règle générale, le texte de la *Charte canadienne* ne hiérarchise pas les droits et libertés fondamentaux les uns par rapport aux autres. Cet arbitrage est dévolu aux tribunaux et à la CSC en dernière instance, et réalisé au cas par cas ¹³⁷ au regard des intérêts mis de l'avant par l'État, ainsi que des effets ou bénéfices attendus de la mesure législative ou réglementaire ¹³⁸. En effet, à la différence des États-Unis, la *Charte canadienne* comprend un article (art. 1) qui prescrit que les droits et libertés inclus dans le document ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans [46] des limites raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. Selon un test élaboré en 1986, le test de Oakes ¹³⁹, les valeurs devant guider les tribunaux lors de l'application de cet article sont le respect de la dignité humaine, la promotion de la justice et l'égalité sociales, l'acceptation de la diversité des croyances et des identités culturelles et la promotion des institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des individus et des groupes dans la société ¹⁴⁰.

¹³⁶ Il s'agit du principe de la neutralité du contenu. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R. C.S. 927 ; arrêt *Keegstra*, p. 729-30 ; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 914-915. <https://qweri.lexum.com/w/calegis/annexe-b-de-la-loi-de-1982-sur-le-canada-r-u-1982-c-11-fr#!fragment/art2/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoxdSAmASgBpItTCIBFRQ3AT2gHI+9CIUoIOXXgKEjcCAMp5SAIV4AIAKIAZdQDUAggDkAwuvqk wAI2ilscWrSA>

¹³⁷ Outre l'hypothèse d'un recours à la clause dérogatoire (ou clause nonobstant) par une législature (article 33 CCDL).

¹³⁸ Dans l'affaire *Dagenais*, la CSC indique qu'il faut éviter d'adopter une approche hiérarchique dans l'interprétation des droits dans la *Charte canadienne* quand deux droits sont en conflit (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835, p. 839).

¹³⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁴⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, para. 64.

Le test de Oakes implique que le but d'une mesure limitant un droit doit être suffisamment important, i.e. se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles dans un société libre et démocratique ¹⁴¹. De plus, les moyens employés pour atteindre le but en cause doivent être proportionnels. L'exigence de proportionnalité implique, quant à elle, qu'il existe un lien rationnel entre les objectifs et les moyens choisis, que ces derniers ne soient ni arbitraires, ni inéquitables, ne limitent pas le droit plus que nécessaire pour atteindre les objectifs envisagés (atteinte minimale), et que leurs effets préjudiciables n'excèdent pas les bénéfiques visés (proportionnalité).

¹⁴¹ *R. c. Oakes*, para. 70.

[46]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.6.

Harm: préjudice les années 1980-90 aux États-Unis

[Retour à la table des matières](#)

Cependant, durant les années 1980-90, la violence envers les minorités, racisées, culturelles et religieuses, demeure un sujet débattu et publicisé à l'échelle nord-américaine et européenne. On enregistre une recrudescence de propagande antisémite en France, une nouvelle violence contre les immigrants par des groupes d'extrême droite en Allemagne, une épuration ethnique dans l'ex-Yougoslavie et des attaques d'homosexuels et de membres de minorités ethniques par des *skin-heads* aux États-Unis (Janhevich 2001, 4) ¹⁴².

Aux États-Unis, le conflit racial continue et la tension entre la liberté d'expression et le droit à l'égalité des victimes d'actes haineux, essentiellement les minorités noire et juive, devient un objet de considération de juges et juristes. On questionne particulièrement le bien-fondé à la fois des formes de préjudice et de délit reconnues par la loi. En effet, pourquoi une société qui reconnaît le mal causé par la ségrégation scolaire raciale (arrêt *Brown v. Board of Education* ¹⁴³) ne reconnaît-elle pas le dommage causé par des insultes racistes, par exemple une détresse émotionnelle ? (Delgado 1982, 145). L'enjeu concerne la définition d'actes discriminatoires, éventuellement haineux, comme causant des préjudices, et la [47] détermination de l'intensité du préjudice causé. Le débat académique à ce propos est lancé en 1982 par un texte, *Words That Wound : A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling*, de Richard Delgado, professeur de droit à l'Université de Californie à Los Angeles (University of California, Los Angeles, UCLA). Il prend de l'ampleur avec la parution en 1986 d'un ouvrage de Lee Bol-

¹⁴² <https://publications.gc.ca/collections/Collection-R/Statcan/85-551-XIF/0009985-551-XIF.pdf>

¹⁴³ *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 US 483 (1954), 483, 492.

linger et en 1989 d'un article devenu emblématique, de Mari J. Matsuda. Le terme « *crime haineux* » devient d'usage courant aux côtés de celui de « *hate speech* ».

Un point de dissension caractérise le débat, il concerne la réalité de l'effet performatif du langage ¹⁴⁴. Si au Canada l'expression d'un contenu par la violence, peu importe le contenu, n'est pas protégée par la *Charte canadienne* (Jurianz 2006), rien n'est aussi clair aux États-Unis. L'expression raciste (propos, signes, symboles) n'est pas conçue comme une atteinte à la sécurité et à l'intégrité psychologique des individus ou des groupes visés ; elle n'est pas plus conçue comme un déni du principe égalitaire, une discrimination, ou encore comme une source sérieuse de trouble de la paix sociale. Elle est une forme d'expression et d'opinion et à ce titre elle doit être protégée : l'épithète de « *n-word* » est une insulte qui doit être admise dans « *our roughedged society* » ¹⁴⁵. La liberté d'expression est liée à la liberté de débattre sur la place publique et à la liberté de participer aux débats.

Richard Delgado, 1982

En s'appuyant sur deux jugements soulevant la question des insultes racistes comme délits civils (« *torts* ») ¹⁴⁶ et sur des travaux de psychologie sociale, R. Delgado ¹⁴⁷, co-auteur en 1995 de *Critical Race Theory : An Introduction*, renverse le raisonnement précédent dans *Words that Wound : A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling* (1982, 135-142), il expose l'effet du langage

¹⁴⁴ On peut se demander pourquoi ce débat n'a pas émergé avant les années 1980. Un facteur semble être le traumatisme de la génération qui a connu la Seconde guerre mondiale et valorise une opposition consensuelle au militantisme néo-nazi, évitant ainsi tout débat sur les failles du libéralisme. Un autre facteur est l'influence des courants opposés aux avancées des droits civils (droite, ultra droite, suprémacistes).

¹⁴⁵ *Bradshaw v. Swagerty*, 1 Kan. App. 2d 213, p. 216 (Court of Appeal of Kansas) (1977). Dans cette affaire, la Cour d'appel du Kansas confirme le jugement de première instance selon lequel des insultes utilisant le mot « *en n* » n'équivaut pas au délit civil d'outrage. Voir aussi *Irving v. J. L. Marsh, Inc.* 46 Ill. App. 3d 162 (Appellate Court of Illinois) (1977).

¹⁴⁶ *Contreras v. Crown Zellerbach, Inc.* 88, 2d 735 (Supreme Court of Washington) (1977), *Collin v. Smith* 578 F.2d 1197 (United States Court of Appeals 7th circuit), certiorari refusé, 439 US 916 (1978).

¹⁴⁷ R. Delgado a été professeur à l'école de droit à UCLA et à l'Université du Colorado (University of California, Los Angeles, University of Colorado) et il est professeur de droit à l'Université d'Alabama (University of Alabama) où il détient la chaire de droit John J. Sparkman et enseigne les droits de la personne, le droit constitutionnel et la *Critical Race Theory*.

raciste sur les victimes, en particulier sur les enfants issus de groupes minoritaires : atteinte au sens de leur dignité et à leur estime de soi, repli sur soi, haine de soi, isolement social, [48] troubles psychologiques, détresse. À la suite de G. Myrdal (1944), R. Delgado rappelle comment le racisme est un déni d'égalité qui contribue au maintien d'une hiérarchie socioéconomique favorisant une majorité culturelle blanche et chrétienne. À la difficulté d'estimer les dommages à octroyer pour le délit de propos racistes et de connaître la sensibilité de la victime à ces propos, il oppose le poids de l'histoire des relations raciales aux États-Unis : tout Américain sait que les « Noirs » ne peuvent qu'être particulièrement sensibles à des insultes racistes et susceptibles d'en éprouver une détresse émotionnelle (Delgado 1982, 170). Il mentionne aussi que le droit reconnaît comment calculer des dommages et intérêts dans le cas de délits impliquant une atteinte psychologique ou émotionnelle, comme pour le délit d'atteinte à la vie privée, ou celui de détresse émotionnelle intentionnelle. Quant aux limites à imposer à la liberté d'expression, R. Delgado invoque l'intérêt de l'État d'éliminer les dommages causés aux individus et à la paix sociale par des discours racistes. À propos de la rupture de la paix sociale, il réfère à la définition des « *fighting words* » de l'arrêt *Chaplinsky* (« *breach of the peace* ») (Delgado 1982, 173).

Il examine comment les quatre valeurs fondant la liberté d'expression selon Thomas Emerson (1963), ne sont nullement respectées par des insultes racistes (recherche de la vérité, démocratie et autogouvernement, équilibre entre stabilité et changement, accomplissement individuel qui exige de pouvoir exprimer ses opinions). Il assimile les insultes racistes à des propos obscènes que le gouvernement peut et doit sanctionner afin de maintenir une « *decent society* », lorsqu'ils ne visent pas la divulgation de savoirs et d'informations, ni l'égalité de participation aux débats publics (Delgado 1982, 178).

Lee C. Bollinger, 1986

Quatre ans plus tard, dans *The Tolerant Society : Free Speech and Extremist Speech in America*, Lee C. Bollinger ¹⁴⁸ considère à son tour les arguments soutenant l'idée d'une liberté d'expression absolue. Il pose des questions déjà soulevées par A. Meiklejohn : la liberté d'expression peut-elle être limitée par une décision de citoyens souverains (1986, 50) ? Si la libre circulation des idées éduque les citoyens mais ne renforce pas toujours des postures vraies, et si de surcroît on ne

¹⁴⁸ Professeur à l'école de droit à l'Université Columbia (Columbia Law School), et 19^e président de cette université.

peut pas interdire des propos faux, car ils doivent être rendus publics et discutés (55), comment protéger des valeurs contre ceux qui veulent les abolir ? Il rappelle que la libre circulation des idées comporte le risque d'une tyrannie par une majorité [49] culturelle et/ou politique, et qu'elle s'avère contreproductive quand elle fait apparaître l'aliénation des citoyens les uns par rapport aux autres, alors que l'on tente de valoriser les échanges politiques et publics.

Pour Lee C. Bollinger, deux réalités sont néanmoins à considérer pour penser la liberté d'expression : l'intolérance est un trait humain et le risque de tyrannie par des majorités est plus fréquent historiquement que le risque de tyrannie par l'État (1986, 79-80) ; les événements durant la Seconde guerre mondiale ne permettent pas de croire en la rationalité humaine. Aussi, la censure, conclusion centrale à sa pensée, ne peut-elle pas être un outil de gestion de la liberté d'expression, car elle ne réduirait nullement l'intolérance. On doit plutôt viser l'éradication de cette faille humaine et sociale par une éducation des citoyens à une critique de soi et à une éthique de contrôle de la pulsion à l'intolérance. Le respect de la liberté d'expression et l'acceptation des discours extrêmes ou haineux sont des exercices non de passivité mais de réflexion sur soi (1986, 247) et les litiges sur les discours extrêmes représentent autant d'occasions pour inculquer et acquérir cette vertu civique (1986, 131, 195, 202). Lee C. Bollinger ne propose aucun mode de sanction légale particulier et assigne au débat public la fonction non pas de recherche de la vérité mais d'évitement des affrontements, citant en exemple la tolérance religieuse instituée historiquement en Europe.

En 1990, dans une réponse à des critiques de sa position, Lee C. Bollinger explicite sa pensée. Il fait deux constats impératifs. La parole est un acte et elle doit être jugée comme telle, c'est-à-dire selon ses effets bénéfiques ou nocifs (« *harm* »). La parole est une forme de l'interaction sociale et on ne saurait ignorer l'opinion de la personne visée par un propos haineux. Lee C. Bollinger interroge la différence de traitement en droit américain de la parole et des autres types d'acte (« *non-speech acts* »), vu que la parole peut avoir des effets nocifs comparables à ceux d'autres types d'acte (1990, 980) :

Consider the ordinary racist act. What is it the injury inflicted by a policy of school segregation, or by any act of racial discrimination ? Is it simply the inferior education or the denial of a room or a meal ? Of course not. What is the injury of being forced to sit at the back of the bus ? In all three cases it is largely the thought and the message of inferiority, of hatred and contempt, that is communicated by the discriminatory act and that afflicts the human spirit of the victim. This injury, in turn, impels us to intervene and to put a stop to the cruelty. Racist speech does not differ in kind, nor does it necessarily differ in magnitude of injury, from other racist acts we prohibit.

[50]

Cependant, selon Lee C. Bollinger, les discours extrémistes doivent être protégés en vue de préconiser et cultiver la tolérance auprès du public et d'éviter un contrôle social des opinions (1990, 984-985) :

I claim that the practice of toleration of verbal acts under free speech may help inculcate what I call the tolerance ethic. What I have in mind is the development of a general disposition, which I think is seen repeatedly in social interaction, to restrain our wants and beliefs in the exercise of social power. Some have pointed out how our constitutional law helps make raw self-interest an illegitimate basis for political power ; the courts insist that arguments for laws at least be put in terms of advancing the public good. I would go farther and say that through the first amendment our judges have sought to constrain our desire to impose our own notions of the public good on others... Free speech seeks to modulate belief ; not to destroy it, but to curb it. [...] To Hand and Holmes, 'Tolerance is the Twin of Incredulity'. It is interesting that for them belief and doubt were matters that go to the whole person, to the matter of intellectual character. A person who feels healthy self-doubt towards her beliefs is a person who is not just prone to let more speech go uncensored, but a person who is going to behave differently, to insist on less and compromise more, in the give-and-take of the political process. This begins to get at what I have in mind when I talk about free speech as a special social context concerned with creating a culture or ethic of tolerance.

La promotion de la tolérance se fait au travers de la liberté d'expression qui permet de cultiver une éthique de tolérance. Lee C. Bollinger n'explique jamais comment il articulerait sa vision de la tolérance avec son idée d'impossible confiance en la rationalité humaine. Sa défense d'une liberté d'expression sans limites semble tenir à son appréciation d'une nouvelle situation sociale durant la seconde moitié du 20^e siècle. Le 1^{er} amendement a été conçu au 18^e siècle alors que deux idées fondaient les débats (Bollinger 1986, 44-45) : la mémoire des autoritarismes monarchiques était vive et le pouvoir de l'État et des gouvernements devait être limité ; les citoyens étaient dits capables de contrôler leur propre vie politique, vivaient dans des communautés de faible échelle et culturellement homogènes. Ce contexte social aurait considérablement changé alors que les moyens de communication de masse se sont multipliés, et que ce sont désormais des majorités politiques, culturelles ou raciales, qui demandent une censure de la parole publique ¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Voir compte-rendu critique par Blasi (1987) et par Strauss (1986).

[51]

Mari J. Matsuda, 1989

Mari J. Matsuda, professeure de droit ¹⁵⁰, reprend l'argument de l'atteinte à l'intégrité psychologique et sociale des individus par les discours racistes et haineux. Dans *Public Response to Racist Speech : Considering the Victim's Story* (1989), elle propose une description détaillée des préjudices subis par les victimes, usant de plusieurs termes qu'elle considère synonymes : « *racist speech, hate speech, hate propaganda, hate message, racist propaganda* ». Selon M. J. Matsuda, la théorie libérale absolutiste fait preuve de deux poids deux mesures lorsque vient le temps de protéger les minorités, car on ne saurait faire l'économie des effets des actes haineux sur les victimes, ni de l'expérience négative de celles-ci.

M. J. Matsuda (1989, 2321-2323) suit le raisonnement des membres du Comité Cohen (1966, 8-9, Appendice V) en plusieurs points ¹⁵¹. Elle expose le conflit entre deux principes primordiaux, l'égalité et la non-discrimination, et la liberté d'expression ; et elle estime la position absolutiste non fondée. À partir d'exemples nationaux existants et du consensus émergent en droit international, elle propose une criminalisation des discours haineux (1989, 2341-2348, 2360-2361). Elle ne se vise pas une définition du racisme et de la haine mais des arguments pour renforcer l'égalité due aux minorités racisées ¹⁵². Elle propose que les propos haineux racistes constituent une catégorie *sui generis* d'expression qui ne devrait pas être protégée vu l'histoire du racisme aux États-Unis et le consensus international quant au tort que le racisme peut causer (1989, 2357) :

¹⁵⁰ M. J. Matsuda (1956-) enseigne à William S. Richardson School of Law à l'Université de Hawaii à Manoa (University of Hawaii at Manoa) depuis 2008. En 1998 elle devient, aux États-Unis, la première professeure de droit titulaire, d'origine asiatique, à UCLA (University of California, Los Angeles). Elle a enseigné au Georgetown University Law Center et est une des juristes les plus respectées de la *Critical Race Theory*.

¹⁵¹ À la différence du Comité Cohen qui expose deux fondements distincts d'une législation anti-haine (diffamation, sédition), M. J. Matsuda ne s'intéresse pas au caractère séditieux d'un discours haineux mais uniquement à son caractère diffamatoire et préjudiciable pour des personnes et des groupes.

¹⁵² Au Canada comme aux États-Unis, une personne se jugeant victime d'un discours diffamatoire peut intenter des procédures civiles afin d'obtenir réparation. Aux États-Unis le procès en diffamation le plus connu est celui intenté contre le président Theodore Roosevelt en 1915 (Abrams 2019/2021).

Racist speech is best treated as a sui generis category, presenting an idea so historically untenable, so dangerous, and so tied to perpetuation of violence and degradation of the very classes of human beings who are least equipped to respond that it is properly treated as outside the realm of protected discourse.

Pour M. J. Matsuda, les propos haineux sont une catégorie de propos similaire à l'obscénité et aux « *fighting words* » et ils devraient être exclus de la protection du 1^{er} amendement en parallèle avec d'autres types de propos, notamment ceux qui [52] troublent l'ordre public (1989, 2355). Selon elle, l'État devrait criminaliser la propagande haineuse et raciste. M. J. Matsuda ne précise pas le type d'intention requise pour criminaliser les propos haineux. Elle prône plutôt une analyse contextuelle pour déterminer dans les faits si des propos racistes ont été prononcés et sur ce point, selon elle, la valeur de la liberté d'expression permet de développer les règles et les fardeaux de la preuve (1989, 2360). Elle propose aussi une panoplie de modes de contrôle des propos haineux (1989, 2360, note) :

In addition to judicial modification of first amendment analysis, the forms of remedy could include creation of a new crime of racist speech, enhanced sentencing for existing crimes where racial motivation is found, administrative mechanisms for fines and injunctive relief, civil actions for damages, or a combination of the above.

À la suite du Comité Cohen (1966, 29-30), M. J. Matsuda décrit les trois alternatives offertes à une victime : combattre le phénomène (légalement ou autrement), fuir (« *flight rather than fight* » (1989, 2356), accepter sa condition selon l'un de deux modes, soit éviter les situations de racisme ou admettre un état de fait inégalitaire et l'exclusion de la communauté politique (1989, 2338). Avec R. Delgado en 1982, puis M. J. Matsuda en 1989, apparaît entre les courants états-unien et canadien s'interrogeant à vingt ans d'intervalle, un consensus quant au préjudice subi par les victimes de discours haineux et aux effets nocifs de ces discours sur une société (Comité Cohen, 33, chapitre II ; Matsuda 1989, 2338-2341).

M. J. Matsuda complète son argumentation en proposant de différencier la « *mainstream jurisprudence* » de la « *outsider jurisprudence* », qui a pour fondement le vécu des personnes victimisées. Elle favorise la dernière pour sa prise en compte du point de vue de la victime sur sa propre histoire (« *the victim's story* ») ¹⁵³ et critique à cet effet l'argumentaire absolutiste. À la différence de l'argument libéral classique, la thèse d'une liberté d'expression non contrôlée est,

¹⁵³ Selon M. J. Matsuda, la jurisprudence féministe fait partie de la « *outsider jurisprudence* ».

selon elle, biaisé à l'endroit des groupes identifiables, car elle leur dénie la protection de l'État : « *The places where the law does not go to redress harm have tended to be the places where women, children, people of color, and poor people live* » (Matsuda 1989, 2322). La thèse classique libérale voulait plutôt que soit accordée une protection à tous les citoyens.

De plus, l'argumentaire absolutiste ne met en cause que certaines restrictions de la liberté d'expression. M. J. Matsuda rappelle que celle-ci est souvent limitée sans que ne soit dénoncée une atteinte au principe de « *free speech* » : protection de la propriété intellectuelle ; dans le domaine du commerce, interdiction de fausse [53] représentation, de publicité mensongère, de législation antitrust ; droit de réserve des fonctionnaires ; prohibition d'appels téléphoniques obscènes, de menaces, d'incitation à la révolte ou à la violence. Pareillement l'interdiction de toute propagande patronale lors d'élections syndicales, ne soulève pas, de la part des philosophes, de questions théoriques insolubles sur des limites à la liberté d'expression et ce, en raison du nombre important d'analyses présentant le point de vue des victimes. Les défenseurs d'une liberté d'expression absolue ne conçoivent pas plus l'interdiction de la diffamation comme une forme de tyrannie, une limite au marché des idées, un obstacle à la recherche de la vérité ou une gêne du développement individuel et de la vie collective. Aussi, semblerait-il qu'à leurs yeux, les préjudices vécus par des populations minoritaires, culturelles, raciales ou religieuses, soient jugés trop ténus pour justifier l'intervention de l'État. Quant à l'idée de neutralité de l'État, M. J. Matsuda écrit que l'inaction de l'État envers les propos haineux rend ces propos légitimes et constitue non pas une neutralité, mais une action de l'État :

The third doctrinal pillar supporting racist speech is the refusal to recognize that tolerance and protection of hate group activities by the government is a form of state action. To allow an organization known for violence, persecution, race hatred, and commitment to racial supremacy to exist openly, and to provide police protection and access to public streets and college campuses for such a group, means that the state is promoting racist speech.

M. J. Matsuda (1989, 2375) critique les limites de l'imaginaire des juges et des élus qui ont légiféré contre des types d'expression humiliants, telle la pornographie juvénile ou les propos diffamatoires qui portent atteinte à la réputation : « *[t]his limitation of imagination is a disability, a blindness, that prevents lawmakers from seeing that racist speech is a serious threat. Legal insiders cannot imagine a life disabled in a significant way by hate propaganda* ». Elle réfère à la théorie pionnière de Derrick Bell, « *interest convergence theory* », selon laquelle les réformes des politiques raciales ne se font que dans un contexte où celles-ci rejoi-

gnent les intérêts de la majorité. Pour le dire dans les termes imagés de Madame Jan Douglas, directrice de la Community relations commission de la ville d'Atlanta et que cite Matsuda (1989, 2375, note 268) : « *If blacks and Jews and other minorities were similarly organized for harassment of and violence to whites, the nation would be turning upside down* ». M. J. Matsuda (1989, 2357) affirme de fait qu'il faut considérer le contexte historique pour décider du statut des propos et elle propose trois critères pour définir les propos haineux racistes qui pourraient être criminalisés : « *1. The message is of racial inferiority ; 2. The message is directed against a historically oppressed group ; and 3. The message is persecutorial, hateful, and degrading* ».

[54]

Stanley E. Fish, 1994

La critique de Stanley Fish ¹⁵⁴ dans *There's no such thing as free speech ; and it's a good thing, too*, paru en 1994, est plus substantive. Il veut démontrer à l'aide du cas canadien, qu'il est impossible de fonder une défense de la liberté d'expression sur les principes abstraits invoqués par les partisans d'une définition absolutiste, qu'il qualifie d'idéologues. L'idéologue « *doesn't mean anything by his words – he doesn't stand by them – for he regards them as merely instrumental to the promotion of the truth he is in possession of before any discussion begins* » (1994, chapitre 7, 97). De plus, selon S. Fish, la notion de « *free speech* » est erronée, car aucun discours n'est totalement libre ; il est toujours déterminé par un contexte historique et par la position des acteurs dans des rapports de pouvoir. S. Fish résume en ces termes la signification de sa formule célèbre « *there is no such thing as free speech* » (1994, 114) :

It merely says that there is no class of utterances separable from the world of conduct and that therefore the identification of some utterances as members of that nonexistent class will always be evidence that a political line has been drawn rather than a line that denies politics entry into the forum of public discourse.

¹⁵⁴ Successivement professeur d'anglais à l'Université de Californie à Berkeley (University of California at Berkeley), à l'Université Johns Hopkins (Johns Hopkins University), professeur d'anglais et de droit à l'Université Duke (Duke University) et de 1999 à 2004, doyen du Collège des Arts et Sciences à l'Université d'Illinois (College of Liberal Arts and Sciences (University of Illinois at Chicago)).

Selon cette conception, la liberté d'expression est ce qui demeure quand une société a défini ce qu'elle ne veut pas laisser s'exprimer. Les limites de la tolérance sont sans cesse redessinées par les conflits politiques et il en est de même de la définition du discours haineux. Aussi n'est-il point étonnant que les tribunaux catégorisent les discours haineux selon des logiques et des principes politiques différents (1994, 113) et est-il illusoire de vouloir éliminer le caractère politique de tout débat.

S. Fish (1980) est connu pour son concept de « *interpretive communities* »¹⁵⁵. Selon S. Fish, l'interprétation d'un texte est contrainte par l'expérience que partagent des acteurs au sein d'une ou plusieurs milieux de vie (« *communities* »), chacun de ces milieux disposant de sa propre épistémologie. L'interprétation n'est nullement entièrement subjective, ni une affirmation de soi libre de tout contexte. En conséquence, il faut éviter les postures et les principes absolutistes et abstraits, contextualiser les débats, tenir compte de leur historicité, rappeler l'ancrage des [55] acteurs dans des rapports de pouvoir et fixer « *our attention away from the realm of abstract moral calculation and into the realm of particularized history, where questions are asked in a context and not in a vacuum* » (1980, 75). Il faut redonner aux débats leur portée politique et montrer l'asymétrie des positions sociales des acteurs.

Des années après, suite aussi à la publication du texte, *The Trouble with Principle* (1999), cette thèse de S. Fish sera très critiquée (Eagleton 2000) pour son rejet des principes universalistes, des concepts d'impartialité, de vérité partagée et de caractère raisonnable (« *reasonableness* ») et ce de que Martha Nussbaum qualifiera de relativisme extrême dans *Sophistry About Conventions*. M. Nussbaum (1990, 220-222) verra dans la théorie de Fish une réduction des phénomènes sociaux à des systèmes culturels changeants et un subjectivisme radical :

For if one really believes that each person (or group) is the criterion of truth and/or that there is no salient distinction between rational persuasion and causal manipulation, one is not likely to have much respect for traditional philosophical ways of attending to validity and clarity (220).

[...]

One fashionable [response] is the view that, given the variety and non-homogeneity of the deliverances of perception, and given the apparent absence of any “harder” criterion of adjudication, each person must be regarded as the criterion of truth. If the wind feels hot to A, it just is hot for A ; [...] and nothing more can legitimately be said (221).

¹⁵⁵ La notion de « *Interpretive Communities* » peut être rattachée à la notion de compétence linguistique. https://en.wikipedia.org/wiki/Interpretive_communities

[...]

[T]he discovery that truth is to some extent or in some manner human and historical, certainly does not warrant the conclusion that every human truth is as good as every other and that such time-honored institutions as the search for truth and the rational criticism of arguments have no further role to play (222).

La définition d'un discours haineux ne saurait être le fruit d'un rapport de forces politique entre groupes sociaux mais plutôt la conclusion d'un consensus politique obtenu par des voies raisonnables.

Des avancées divergentes, les années 1990

Hate Crime Statistics Act, 1990

Alors que se déroule ce débat universitaire, une évolution se poursuit aux États-Unis. Depuis plus d'un siècle, des actes du Ku Klux Klan, lynchages, mise à feu de croix devant des résidences d'Afro-Américains en vue de les chasser de [56] quartiers blancs, inscription de croix gammées sur les synagogues, sont les exemples les plus courants de crime haineux. Mais le débat public sur le traitement haineux des minorités s'amplifie en raison d'attaques particulièrement violentes selon un rapport du FBI (Bureau of Justice Assistance, 1997, 16-17) ¹⁵⁶. En 1984, un animateur de radio, Alan Berg, à Denver (Colorado), est tué par des suprémacistes blancs. En 1986, trois Afro-Américains sont attaqués, l'un mortellement, lorsque leur voiture tombe en panne dans un quartier blanc de New York (Howard Beach). Ces affaires sont fortement médiatisées et alimentent des demandes de réforme.

En 1990 le *Hate Crimes Statistics Act* ¹⁵⁷ est adopté, il prévoit le recensement des crimes haineux (« *hate crimes* ») mais non des propos haineux, car ces derniers sont généralement protégés par le 1^{er} amendement. Un crime haineux est légalement un concept à deux faces. Il est un crime ¹⁵⁸ motivé par un préjugé (« *bias* ») fondé sur un ou plusieurs des critères illicites de discrimination, et prouvé hors de

¹⁵⁶ <https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>

¹⁵⁷ Hate Crime Statistics Act, 28 U.S.C. § 534.

¹⁵⁸ Les crimes dont tient compte le *Hate Crimes Statistics Act*, incluent le meurtre, les voies de fait, l'intimidation, le viol et des crimes contre la propriété comme le vol, le vandalisme et l'incendie criminel.

tout doute raisonnable ¹⁵⁹. En 1990, ces critères sont la race, la religion, l'orientation sexuelle, l'ethnicité ou l'origine nationale. En 1994, par le *Violent Crime and Law Enforcement Act* le handicap est ajouté selon un amendement appliqué à partir de janvier 1997 ¹⁶⁰. Les critères de genre et d'identité de genre seront inclus dans les statistiques à partir de 2013 ¹⁶¹.

En 1991, 4,755 crimes haineux (« *bias-motivated crimes* »), dont 12 meurtres, sont rapportés, en 1992 7,466 et en 1993 7,587. Une diminution est enregistrée en 1994 (5,852), puis une hausse en 1995 à 7,947, dont 20 meurtres. En 1990, moins d'un service policier sur cinq (« *law enforcement agencies* »), soit 2,771 agences dans 32 States, transmet des données et, même si en 1992 le nombre de services croît de 3,410 (Bureau of Justice Assistance 1997, 10-12, 20) ¹⁶², les données recueillies ne sont significatives qu'à partir d'octobre 1996. À cette date, est adopté le *Church Arson Prevention Act* qui fait de la collecte de données sur les crimes haineux un volet permanent du programme des *Uniform Crimes Reports*.

[57]

En 1996, une majorité des services policiers du pays ¹⁶³, soit 60 % des 16,000 agences, transmettent au Federal Bureau of Investigation (FBI) des informations sur les crimes haineux sur leur territoire (Bureau of Justice Assistance 1997, 6). Les données demeurent néanmoins encore incomplètes et disparates, car les dix-neuf (19) États qui ont rendu obligatoire la collecte de données sur de tels crimes (Bureau of Justice Assistance 1997, 35 ¹⁶⁴), ne définissent pas de façon similaire un crime haineux et ne suivent pas toujours la définition fédérale ¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Selon le Hate crimes Statisticts Act, « hate crimes—or bias-motivated crimes—are defined as offenses motivated by hatred against a victim based on his or her race, religion, sexual orientation, ethnicity, or national origin » (<https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>, 20).

¹⁶⁰ Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994, Public Law 103-322.

¹⁶¹ Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009, 18 U.S.C. §249.

¹⁶² <https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>

¹⁶³ Cette année-là, seuls les services policiers de cinq États n'enregistrent pas les crimes haineux.

¹⁶⁴ <https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>

¹⁶⁵ Selon le rapport du Bureau of Justice Assistance en 1997 (2-3) : « By 1993, fewer than half the States had adopted the Federal definition of a hate crime, while other States had added other victim categories. Connecticut, for example, adds people with physical disabilities to the list of possible victims ; Illinois' definition includes "color, creed, ancestry, and physical and mental disability" ; and Rhode Island's definition includes disability and gender.

Entre 1995 et 1996, des attaques antisémites et contre des Noirs sont particulièrement meurtrières selon le même rapport du U.S. Department of Justice ¹⁶⁶ qui mentionne plusieurs incidents racistes (Bureau of Justice Assistance 1997). Entre autres exemples, en Caroline du Nord, en décembre 1995, trois soldats de Fort Bragg sont accusés du meurtre raciste d'un couple d'Afro-Américains à Fayetteville et l'enquête par l'Armée révèle la participation de soldats à des groupes d'extrême droite violente. En février 1996, trois églises dont les fidèles sont en majorité noirs, sont brûlées en Louisiane et quatre autres le sont en Alabama la même année, alors qu'en Virginie deux synagogues sont vandalisées. À St. Albans (Vermont), deux adolescents sont arrêtés pour avoir battu un jeune d'origine hispanique et l'avoir laissé aveugle d'un oeil. En mars 1996 des affiches sur lesquelles figuraient des Afro-Américains, sont vandalisées avec des épithètes racistes sur le campus de l'Université d'État de l'Oregon (Oregon State University) qui avait lancé un programme de recrutement de membres des minorités. À Mamaroneck (New York), des propos haineux sont peints sur les murs de sept maisons, dont six appartiennent à des familles juives.

De 1996 à 2000, les crimes haineux visent au premier rang des personnes d'origine noire (4,469 en 1996/3,409 en 2000), d'origine blanche (1,384/1,050 ¹⁶⁷), des homosexuels (1,256/1,486), des Juifs (1,182/1,161) et Hispaniques (710/735). Les musulmans (33/33) et les Asiatiques (527/317) sont les moins ciblés. Puis le nombre d'attaques contre des Noirs diminue entre 1996 et 2000 selon une tendance [58] qui se maintiendra au fil des années 2000-2014 (United States, Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Criminal Justice Information Services Division, 1996-2020). Une autre tendance observable est un taux de dénonciation et de plainte pour crime haineux envers une personne noire, moins élevé dans les États ayant connu une histoire de lynchage que dans les États où exista une tradition de défense des droits civils (Massachusetts, Maine, Oregon, Delaware) (King, Messer et Baller 2009 ; McVeigh, Welch et Bjarnason 2003).

On the other hand, Pennsylvania does not recognize sexual orientation as a victim classification ».

¹⁶⁶ Le rapport du Bureau of Justice Assistance (1997, 1) fait état d'une recherche sur les reportages sur les crimes haineux dans les médias : « *A check of the Nexis™ computer database for selected years illustrates the ascendancy of "hate crimes" in the public's consciousness. Searching for stories containing the terms "hate crimes," "bias-motivated crimes," or "gay-bashing" turned up 14 entries for 1986 ; 88 entries for 1988 ; 572 entries for 1990 ; 1,207 entries for 1992 ; 1,215 entries for 1994 ; and 1,021 entries for 1995* ».

¹⁶⁷ De tels crimes sont en nombre non significatif au Canada au fil des années 2000-2020.

L'impossible égalité ou le droit absolu de parole, 1992

R.A.V. v. City of St Paul

En dépit de ces tendances, la criminalisation de propos haineux semble peu probable aux États-Unis. Depuis les années 1960, la Cour US ne fait que renforcer la doctrine du 1^{er} amendement et qu'affaiblir l'arrêt *Beauharnais*, rendu en 1952 et l'arrêt *Chaplinsky* rendu en 1942. Quelle que soit la doctrine avancée, durant les années 1990-2000, les juges de la Cour US estiment légitimes des propos discriminatoires, insultants, humiliants, haineux, voire menaçants, tout en condamnant les actes physiques de même nature.

L'affaire *Beauharnais* en 1952 concerne la constitutionnalité d'une loi interdisant d'exhiber dans un lieu public, une publication qui représenterait un groupe de citoyens d'une certaine race, couleur, croyance ou religion, comme étant dépravé, criminel, ou débauché, qui l'exposerait au mépris, à l'opprobre, ou inciterait à des émeutes ou à la violation de la paix. La Cour US estime alors la loi constitutionnelle, ce type de propos n'étant pas protégé par le 1^{er} amendement et le comparant à des propos diffamatoires. L'arrêt *Beauharnais* ne sera jamais renversé mais la jurisprudence subséquente en limitera l'interprétation. En 1990, le professeur Laurence Tribe, cité par la CSC dans l'arrêt *Keegstra*, opine que « *The continuing validity of the Beauharnais holding is very much an open question* »¹⁶⁸. D'autres, comme Kent Greenawalt (1990), partagent cette opinion, estimant difficile comme le fait la Cour US, de distinguer une activité expressive protégée et une activité non protégée en raison d'un tort causé. Pareillement, la Cour US ne renversera pas l'arrêt *Chaplinsky* qui condamne les propos incendiaires, mais elle en limitera grandement la portée par des décisions subséquentes.

[59]

En 1992, un arrêt marque la position contrastée de la Cour US par rapport à celle de la CSC qui, en trois arrêts, vient de condamner des propos haineux. Dans un arrêt unanime quant au résultat, *R.A.V. v. City of St Paul*¹⁶⁹ (ci-après arrêt *St Paul*), la Cour US confirme sa vision absolutiste de la liberté d'expression. Elle rejette une interdiction municipale de pratiques racistes en un lieu privé ou public,

¹⁶⁸ Arrêt *Keegstra*, p. 816.

¹⁶⁹ *R.A.V. v. City of St Paul* 505 US 377 (1992).

en l'occurrence brûler une croix sur la pelouse d'une famille d'origine afro-américaine. Selon le texte de l'arrêt, les faits sont les suivants ¹⁷⁰ :

In the predawn hours of June 21, 1990, petitioner and several other teenagers allegedly assembled a crudely made cross by taping together broken chair legs. They then allegedly burned the cross inside the fenced yard of a black family that lived across the street from the house where petitioner was staying. Although this conduct could have been punished under any of a number of laws, one of the two provisions under which respondent city of St. Paul chose to charge petitioner (then a juvenile) was the St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990) ¹⁷¹, which provides : 'Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor'.

La Cour US déclare l'ordonnance de la Ville de St-Paul non constitutionnelle en raison de sa prohibition de symboles, objets et autres « *that insult, or provoke violence, 'on the basis of race, color, creed, religion or gender* » ¹⁷². Elle invoque le 1^{er} amendement et le juge Scalia explique la rationalité de la décision par l'obligation de neutralité du message (« *content neutrality* ») ¹⁷³ :

[W]e conclude that, even as narrowly construed by the Minnesota Supreme Court, the ordinance is facially unconstitutional. Although the phrase in the ordinance, "arouses anger, alarm or resentment in others," has been limited by the Minnesota Supreme Court's construction to reach only those symbols or displays that amount to "fighting words," the remaining, unmodified terms make clear that the ordinance applies only to "fighting words" that insult, or provoke violence, "on the basis of race, color, creed, religion or gender." Displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored [60] topics. Those who wish to use "fighting words" in connection with other ideas - to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality- are not covered. The First Amendment does not permit St. Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects [...]

One must wholeheartedly agree with the Minnesota Supreme Court that "it is the responsibility, even the obligation, of diverse communities to confront such notions in whatever form they appear," *id.*, at 508, but the manner of that confrontation cannot con-

¹⁷⁰ Arrêt *St Paul*, p. 379-380.

¹⁷¹ Ordonnance de délit basé sur un préjugé.

¹⁷² Arrêt *St Paul*, p.380.

¹⁷³ Arrêt *St Paul*, p.391-392

sist of selective limitations upon speech. St. Paul's brief asserts that a general "fighting words" law would not meet the city's needs because only a content-specific measure can communicate to minority groups that the "group hatred" aspect of such speech "is not condoned by the majority." [...] The point of the First Amendment is that majority preferences must be expressed in some fashion other than silencing speech on the basis of its content (nous soulignons).

La doctrine de « *content neutrality* » est soutenue par une majorité de cinq juges ¹⁷⁴ : l'interdiction municipale est dite inconstitutionnelle en raison de son contenu qui cible des personnes en vertu de leur race ¹⁷⁵. Bannir les propos qui insultent ou incitent à la violence par leur discrimination sur la base de la race, la religion ou le genre est une distinction basée sur le contenu, une distinction non permise par le 1^{er} amendement. On ne peut imposer des interdictions sur la base du contenu d'une expression. Les cinq juges refusent aussi l'interprétation de la doctrine des « *fighting words* » par la municipalité : si un gouvernement décide de bannir les « *fighting words* », il ne peut bannir uniquement ceux portant sur certains sujets.

La minorité, quant à elle, estime la portée de l'ordonnance municipale trop large puisqu'elle pourrait interdire des propos discriminatoires simplement blessants ou provoquant de la colère ou de la rancune. Pour la minorité, le règlement de St Paul vise légitimement à contrôler les propos racistes sur la base du préjudice qu'ils causent dans un pays à la longue histoire de discrimination. À ce titre, le règlement ne représenterait aucun danger pour le 1^{er} amendement si ce n'était de sa portée potentielle trop étendue. Le juge Blackmun, minoritaire, exprime pourtant un regret de la décision. Dans des motifs concordants qu'il exprime seul, le juge explique sa [61] position : l'ordonnance est inconstitutionnelle mais la majorité, vu son opposition à cette ordonnance, a manipulé la doctrine du 1^{er} amendement. Il écrit ¹⁷⁶ :

In the second instance is the possibility that this case will not significantly alter First Amendment jurisprudence but, instead, will be regarded as an aberration -- a case where the Court manipulated doctrine to strike down an ordinance whose premise it opposed, namely, that racial threats and verbal assaults are of greater harm than other fighting words. I fear that the Court has been distracted from its proper mission by the temptation

¹⁷⁴ Les juges Scalia, Kennedy, Rehnquist, Souter et Thomas partagent cette opinion. Les autres juges (White, O'Connor, Blackmun et Stevens) émettent ou rejoignent une des opinions concordantes et estiment que l'interdiction municipale a une portée trop large.

¹⁷⁵ En revanche, dans *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993), la Cour US condamne l'auteur d'une attaque physique raciste, car il s'agit d'un geste et non d'un propos.

¹⁷⁶ Arrêt *St Paul*, p. 415-416.

to decide the issue over "politically correct speech" and "cultural diversity," neither of which is presented here. If this is the meaning of today's opinion, it is perhaps even more regrettable.

Selon K. Bird (2000, 399-400),

None of the opinions considers whether the constitution contains a guarantee of equality that could outweigh the First Amendment protection of expression. The majority decision expressed reprehension at the act of burning a cross in someone's front yard, and justices in the minority agreed that racist speech poses particular harms in a nation long tormented by discrimination. But none found a constitutional right of equality strong enough to provide a basis for overriding free speech. None exists. And, in its absence, U.S. courts are unlikely to impose restrictions on racist speech.

Ce déni d'égalité persistera au fil des années et décennies suivantes. En 2003, trois personnes seront accusées de violer une loi de la Virginie contre la mise à feu de croix (« *cross burning* ») en un lieu privé ou public. Un arrêt de la Cour US, *Virginia v. Black* ¹⁷⁷ (ci-après arrêt *Virginia*) traitera de ces faits survenus en deux incidents : une croix mise à feu sur une propriété privée lors d'un rassemblement du Ku Klux Klan, une autre mise à feu d'une croix par deux hommes sur le terrain d'un de leurs voisins d'origine afro-américaine.

Comme dans l'arrêt *St Paul* en 1992, la Cour US déclarera la loi de Virginie inconstitutionnelle. Mais les juges ne s'accorderont pas sur le raisonnement à suivre. La juge Sandra Day O'Connor, pour la Cour, expliquera que l'État de Virginie peut interdire la mise à feu de croix sans violer le 1^{er} amendement en autant que cette mise à feu constitue une intimidation. Elle invoquera ¹⁷⁸ la doctrine des « *true threats* », des propos par lesquels le locuteur exprime son intention de commettre un acte violent illégal à l'endroit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Elle [62] expliquera ¹⁷⁹ : « *Intimidation in the constitutionally proscribable sense of the word is a type of true threat, where a speaker directs a threat to a person or a group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death* ». Cependant, selon elle et une pluralité des juges, la loi est inconstitutionnelle, car elle assimile une simple mise à feu de croix à une intention d'intimidation et ne permet pas de distinguer de réels « *threats of intimidation* » de

¹⁷⁷ *Virginia v. Black* 538 US 343 (2003).

¹⁷⁸ Arrêt *Virginia*, p. 359.

¹⁷⁹ Arrêt *Virginia*, p. 360.

messages idéologiques (protégés) du Ku Klux Klan ¹⁸⁰. La juge S. O'Connor expliquera encore ¹⁸¹ :

It is apparent that the provision as so interpreted 'would create an unacceptable risk of the suppression of ideas.' [...] The act of burning a cross may mean that a person is engaging in constitutionally proscribable intimidation. But that same act may mean only that the person is engaged in core political speech. The prima facie evidence provision in this statute blurs the line between these two meanings of a burning cross. As interpreted by the jury instruction, the provision chills constitutionally protected political speech because of the possibility that a State will prosecute -- and potentially convict -- somebody engaging only in lawful political speech at the core of what the First Amendment is designed to protect.

Selon ces décisions de la Cour US, la mise à feu d'une croix ne constitue pas nécessairement une intimidation envers des Noirs mais peut exprimer une position idéologique, sinon politique. Cette interprétation oblitère la violence symbolique et politique du « *cross burning* ». La Cour US admet l'existence d'un éventuel préjudice (« *harm* ») pour les victimes mais elle n'entrevoit pas la nécessité de limiter la liberté d'expression tant que preuve n'est faite d'une intention violente ou d'un geste violent par les prévenus. Cette doctrine demeurera présente jusqu'à l'heure actuelle.

En 2011, au nom de la doctrine de la neutralité du contenu du message, la Cour US invoquera l'inadmissibilité d'une sanction contre l'exhibition de slogans homophobes lors de funérailles d'un soldat homosexuel. Les commettants sont des membres de l'église baptiste Westboro connus pour leurs positions enflammées contre l'homosexualité, le catholicisme, le judaïsme et l'islam. Ils ont commis les actes suivants ¹⁸² :

¹⁸⁰ Les juges Rehnquist, Stevens, Breyer et O'Connor constituent cette pluralité. Le juge Scalia partage l'opinion de la majorité quant à la constitutionnalité de bannir la mise à feu de croix avec l'intention d'intimider mais est en désaccord avec la pluralité quant aux motifs de l'inconstitutionnalité de la présomption d'intention. Selon le juge Souter et les juges Kennedy et Ginsburg qui partagent son opinion, la loi est inconstitutionnelle en raison d'une distinction basée sur le contenu de l'activité expressive. Le juge Thomas en dissidence estime que la loi est constitutionnelle.

¹⁸¹ Arrêt *Virginia*, p. 365.

¹⁸² United States Courts, « Facts and Case Summary – Snyder v. Phelps ». <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-snyder-v-phelps>

[63]

Fred Phelps and his followers at the Westboro Baptist Church believe that God punishes the United States for its tolerance of homosexuality, particularly within the military. To demonstrate their beliefs, Phelps and his followers often picket at military funerals.

Albert Snyder's son, Lance Corporal Matthew Snyder, was killed in the line of duty in Iraq in 2006. Westboro picketed Matthew Snyder's funeral displaying signs that stated, for instance, "God Hates the USA/Thank God for 9/11," "Thank God for Dead Soldiers," and "Don't Pray for the USA." The church notified local authorities in advance that they intended to picket the funeral, staged the picket on public land adjacent to a public street, and complied with all police instructions. Church members also sang hymns and recited Bible verses.

Selon la Cour US, dans l'arrêt *Snyder v. Phelps*¹⁸³ (ci-après arrêt *Snyder*), il s'agit d'activités expressives portant sur un sujet d'intérêt public, notamment le comportement moral et politique des citoyens, l'homosexualité au sein de l'armée et les scandales concernant l'église catholique, protégées par le 1^{er} amendement : « *Given that Westboro's speech was at a public place on a matter of public concern, that speech is entitled to "special protection" under the First Amendment. Such speech cannot be restricted simply because it is upsetting or arouses contempt* »¹⁸⁴. La Cour US reconnaît que les slogans de Westboro causent un préjudice au plaignant, le père du soldat décédé, mais statue que cela ne constitue pas une base adéquate pour limiter la liberté d'expression¹⁸⁵ :

Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and –as it did here – inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation, we have chosen a different course – to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate.

Ces arrêts montrent que l'interprétation du 1^{er} amendement a changé depuis l'affaire *New York Times Company v. Sullivan*, décidée en 1964. Antérieurement et avec l'arrêt *Sullivan*, l'objectif était de promouvoir la pleine participation politique des citoyens en facilitant leur accès aux enjeux politiques les concernant. Avec le nombre grandissant de juges conservateurs sur le banc de la Cour US, le 1^{er} amendement est interprété pour limiter l'intervention étatique selon la doctrine que toute censure de propos par l'État ne peut se faire sur la base de son contenu (Bird 2000).

¹⁸³ *Snyder v. Phelps* (2011) 562 U.S. 443.

¹⁸⁴ Arrêt *Snyder*, p. 458.

¹⁸⁵ Arrêt *Snyder*, p. 461.

[64]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.7.

**Les effets de la haine
ou la trilogie des arrêts,
Canada, 1990**[Retour à la table des matières](#)

Au Canada ¹⁸⁶, la situation est autre. Même si aucune statistique n'est disponible jusqu'en 2006, les formes de la discrimination des minorités et les propos et gestes haineux suscitent débats et mesures. En avril 1981, le Comité McAlpine soumet au ministre du Travail de la Colombie-Britannique son rapport sur les activités du Ku Klux Klan of Kanada ¹⁸⁷. Il recommande que le *Code criminel* soit plus sévère et que le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique traite de l'incitation à la haine raciale ; en juillet 1981 la province adopte le *Civil Rights Protection Act*. Des recommandations similaires sont soumises par d'autres acteurs institutionnels, dont en 1984, par le Comité spécial de la Chambre des Communes sur les minorités visibles (*L'égalité, ça presse !*), par la Commission des droits de la personne du Manitoba, par le Procureur général d'Ontario (*Group Defamation Report*) et par l'Association du barreau canadien (*Hatred and the Law*).

En 1985, le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution (Comité Fraser) demande un élargissement de l'expression « *groupe identifiable* » figurant à l'article 281.1(4) (présentement 318(4)) du *Code criminel* pour inclure les facteurs de différenciation du sexe, de l'âge et de la déficience mentale ou physique aux fins de l'application de l'article 281.2 (présentement 319) du même

¹⁸⁶ Des passages qui suivent sur la trilogie des arrêts, sont en partie repris de Helly *et al.* 2021.

¹⁸⁷ Le Ku Klux Klan Kanada (KKKK) fut un des premiers mouvements extrémistes de droite à s'installer et à s'enraciner au Québec et dans l'Ouest canadien au début des années 1920 (Bérubé et Campana 2015).

code ¹⁸⁸. Dans son rapport de 1986, la Commission de réforme du droit avance qu'« [u]ne excellente façon de choisir les critères de protection des groupes contre les attaques haineuses consiste à retenir à ce titre les motifs de discrimination clairement réprimés par le droit canadien » ¹⁸⁹. Par ailleurs, des groupes de pression militent pour réduire la violence haineuse envers les minorités et de nombreuses causes contre des marchands de haine raciale sont portées devant les tribunaux et font la une des journaux.

Rappelons qu'au Canada, toute activité qui transmet un message sans recourir directement à la violence physique relève de la liberté d'expression constitutionnellement enchâssée à l'article 2(b) de la *Charte canadienne* ¹⁹⁰. [65] Néanmoins, cette protection peut être limitée « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (art.1). La CSC est l'arbitre de la justification d'une limite imposée à une liberté fondamentale au regard des intérêts mis de l'avant par l'État ¹⁹¹. Elle fera très souvent usage de ce pouvoir dans les causes contre des antisémites et des suprématistes.

C'est dans ce contexte qu'entre 1990 et 1992, la CSC rend des décisions marquantes sur les propos haineux qui illustrent la différence entre les perspectives et les débats états-uniens et canadiens, il s'agit des arrêts *Keegstra* ¹⁹², *Taylor* ¹⁹³ et *Andrews* ¹⁹⁴, puis de l'arrêt *Zundel* ¹⁹⁵. La Cour y présente une doctrine de la restriction de la liberté d'expression basée sur le respect de la dignité, le principe d'égalité et la protection de la paix sociale.

¹⁸⁸ Le 4 mai 1987, le projet de loi no C-54 portant sur la pornographie est présenté devant la Chambre des Communes. Il n'est pas adopté car un changement de gouvernement, en octobre 1988, met fin au processus législatif.

¹⁸⁹ Commission de réforme du droit du Canada 1986 ; Rosen 1985, 8 ; Manirabona 2011. Par amendements, seront ajoutés l'orientation sexuelle en 2004, le genre, le handicap et l'âge en 2014 et l'identité et l'expression de genre en 2017.

¹⁹⁰ Voir arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 970. Les menaces de violence ne sont pas protégées par la Charte canadienne (voir *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, au para. 28).

¹⁹¹ Selon *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ce pouvoir est limité par le possible usage de la clause dérogatoire (art. 33).

¹⁹² *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

¹⁹³ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

¹⁹⁴ *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870.

¹⁹⁵ Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, la Cour invalide l'article 181 du *Code criminel* relatif à la publication de fausses nouvelles, lesquelles ne suffisent pas à elles seules à constituer des propos haineux.

L'arrêt *Taylor*, décembre 1990

L'arrêt *Taylor* (13 déc. 1990) fait date, car pour la première fois la CSC définit la haine : « *des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation* », et elle précise que les tribunaux doivent tenir compte de cette « *nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par ces termes* »¹⁹⁶. Cette définition de la haine est une avancée, car en 1990, on ne dispose que d'une définition par le Comité Cohen en 1966 et par le TCDP en 1985 dans la cause *Nealy c. Johnston*¹⁹⁷ :

Le terme *hatred* connote un ensemble d'émotions et de sentiments comportant une malice extrême envers une autre personne ou un autre groupe de personnes. Quand on dit qu'on "hait" quelqu'un, c'est que l'on ne trouve aucune qualité qui rachète ses défauts.

L'affaire *Taylor* concerne un homme connu et dénoncé par le Comité Cohen en 1966 comme un acteur important de la mouvance d'extrême droite religieuse et de tendance néo-nazie propageant des thèses antisémites au Canada, John Ross [66] *Taylor*¹⁹⁸. En mai 1979, une plainte pour propos haineux est logée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après CCDP) (Moon 2008, 5-6), par le Toronto Zionist Council contre le Western Guard Party et J. Ross Taylor, le chef reconnu du groupe. Les deux parties sont reconnues coupables d'outrage au tribunal pour ne pas s'être pliées à une ordonnance du Tribunal des droits de la personne leur enjoignant, en vertu de l'article 13 de la *LCDP*, de cesser de transmettre par téléphone des messages haineux. Les appelants distribuent des cartes qui invitent à composer un numéro de téléphone à Toronto qui fait entendre des messages dénigrant la race et la religion juives. Dès sa mise en liberté, M. Taylor et les responsables du parti rétablissent le service de messages téléphoniques. Le 12 mai 1983, alléguant que de nouveaux messages par J. R. Taylor et le Western Guard Party violent l'ordonnance du Tribunal, la CCDP saisit la Cour fédérale et demande l'incarcération de Taylor¹⁹⁹. Bien que J. R. Taylor et le parti aient invoqué l'inconstitutionnalité de l'article 13 de la *LCDP*, la cour fédérale rend

¹⁹⁶ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 928-929.

¹⁹⁷ *Nealy c. Johnston*, 10 CHRR D/6450, p. D/6469.

¹⁹⁸ Comité Cohen 1966, 11-26.

¹⁹⁹ Arrêt *Taylor*, p. 893-894.

l'ordonnance demandée par la CCDP. J. R. Taylor et le parti se pourvoient en appel devant la Cour d'appel fédérale mais déboutés ils font appel devant la CSC ²⁰⁰.

Dans une décision partagée (4/3), la CSC statue que l'article 13(1) de la *LCDP* ne viole pas la *Charte canadienne*. La CSC estime au contraire légitime une limite à la liberté d'expression parce que la propagande haineuse porte atteinte à la dignité et à l'auto-estime des minorités raciales et religieuses et érode la tolérance, une valeur essentielle à une société multiculturelle. De plus, l'article 13 promeut l'égalité en évitant le tort causé par la propagande haineuse à ses victimes, et il passe le test de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* sous l'article premier de la *Charte canadienne*. La majorité conclut de cette argumentation que, si le paragraphe 13(1) de la *LCDP* viole l'article 2b) de la *Charte canadienne* ²⁰¹, cela constitue une limite raisonnable à la liberté d'expression au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*, la portée de l'article 13(1) étant suffisamment restreinte pour satisfaire au test de *Oakes*. Les actes expressifs proférés par J. R. Taylor doivent être pros crits. En effet, selon la CSC ²⁰² :

[67]

La propagande haineuse représente une menace grave pour la société. Elle porte atteinte à la dignité et à l'estime de soi des membres du groupe cible et, d'une façon plus générale, contribue à semer la discorde entre différents groupes raciaux, culturels et religieux, minant ainsi la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité... La propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous.

²⁰⁰ Interviennent aussi au procès, le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le Congrès juif Canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, le Fonds d'action et d'éducation pour les femmes, la Canadian Holocaust Remembrance Association et l'Association canadienne des libertés civiles.

²⁰¹ Rappelons que l'article 2(b) de la Charte canadienne protège toute expression peu importe son contenu, en autant qu'elle ne communique pas sous une forme violente.

²⁰² Arrêt *Taylor*, p. 894h et 896d.

Le juge en chef Dickson rappelle encore ²⁰³ :

La propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui se situe assez loin de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'« il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b) » (Collège royal, précité, à la p. 247).

L'arrêt *Keegstra*, décembre 1990

La Cour entend en même temps que la cause *Taylor*, les causes *Keegstra* et *Andrews* qui contestent les dispositions du *Code criminel* sur la propagande haineuse. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, rendu le 13 décembre 1990, la CSC associe de nouveau la prohibition de la propagande haineuse à la protection de la dignité humaine et le juge en chef donne une définition de la propagande haineuse : un « terme que j'emploie pour désigner l'expression destinée à créer et propager des sentiments extrêmes d'opprobre et d'inimitié envers un groupe racial ou religieux, ou dont tel sera l'effet probable » ²⁰⁴.

James Keegstra est un enseignant d'une école publique en Alberta. Il est condamné en 1984, selon le paragraphe 281.2(2) (devenu 319(2)) du *Code criminel*. En classe il décrit les Juifs comme un peuple satanique qui a inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie, et il parle d'une conspiration juive visant à dominer le [68] monde et à éliminer la chrétienté. De plus, il demande que ses élèves reproduisent ses enseignements en classe et lors des examens. Une plainte de parents d'élève est déposée contre lui et il est condamné en vertu du par. 319(2) ²⁰⁵ du *Code criminel* d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable par des déclarations antisémites.

²⁰³ Arrêt *Taylor*, p. 922.

²⁰⁴ Arrêt *Keegstra*, p. 722.

²⁰⁵ <https://qweri.lexum.com/w/calegis/lrc-1985-c-c-46-fr#!fragment/art319par2/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoxdSBmARgE4AHSgJgEoAaZbUwiARUSFcAT2gBycRwiFKCQcLGTps3AgDKeUgCExAJQCiAGQMA1AIIA5AMIGOpMACNopbHDZsgA>

La cause est portée devant la CSC en 1989 par le ministère public. Dans l'arrêt, on peut lire cette analyse sur la propagande haineuse et la liberté d'expression ²⁰⁶ :

Pour ce qui est précisément de l'argument selon lequel la propagande haineuse ne devrait pas bénéficier de la protection de l'al. 2b), je souligne d'abord que les communications soumises aux restrictions prévues au par. 319(2) ne sauraient être assimilées à la violence, terme qui, d'après ce que je conclus de l'arrêt *Irwin Toy*, s'applique à l'expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel. Je n'estime pas non plus que la propagande haineuse soit analogue à la violence et je ne l'exclus donc pas pour ce motif de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. Comme je l'ai déjà expliqué, l'arrêt *Irwin Toy* part de la proposition que toutes les activités qui transmettent ou qui tentent de transmettre une signification sont assimilées à l'expression aux fins de l'al. 2b) ; le contenu de l'expression est sans pertinence pour déterminer la portée de cette disposition de la Charte. Une exception a été proposée pour le cas extrême où le message est transmis directement par la violence physique, et c'est l'incompatibilité totale de cette forme d'expression avec les valeurs sous-tendant la liberté d'expression qui justifie cette mesure extraordinaire. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* interdit la communication de tout message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Pour cette raison, la propagande haineuse est à ranger dans la catégorie de l'expression, et relève donc de l'al. 2b).

Quatre juges sur sept confirment la validité de l'article 319(2) du *Code criminel* comme limite raisonnable à la liberté d'expression. La dissidence et la majorité s'entendent pour dire que la liberté d'expression en vertu de l'article 2b) couvre les propos tenus par Keegstra et pour distinguer la propagande haineuse d'une expression manifestée sous une forme violente, laquelle serait exclue de la sphère de [69] protection de l'article 2(b). Elles reconnaissent aussi que limiter le mal causé par la fomentation de la haine est un objectif suffisamment urgent et réel. Elles divergent quant à l'analyse de proportionnalité.

Selon la majorité, il existe un lien rationnel entre l'interdiction criminelle de la propagande haineuse et l'objectif de paix sociale et de protection des groupes ciblés. Le critère de l'atteinte minimale est rempli puisque la législation n'est pas d'une portée excessive ou imprécise, que l'article 2(b) prévoit une norme stricte quant à la *mens rea* requise ²⁰⁷ et plusieurs différents moyens de défense, et que la loi exclut de son champ d'application les conversations privées. De plus, l'effet de restriction de l'article 2(b) n'est pas plus important que les avantages en découlant

²⁰⁶ Arrêt *Keegstra*, p. 732.

²⁰⁷ La *mens rea* réfère à l'intention criminelle. Les composantes d'une infraction criminelle sont l'élément matériel, donc l'acte ou le comportement prohibé par la loi (*actus reus*) et l'état d'esprit coupable (*mens rea*).

si on considère que la propagande haineuse n'a « qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression »²⁰⁸. Pour la majorité, représentée par le juge en chef Dickson, une limite à l'expression haineuse est un endossement des valeurs de tolérance et d'égalité et un message à la société.

La dissidence questionne au contraire l'existence d'un lien rationnel entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination. Elle trouve aussi que le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne porte pas minimalement atteinte à la liberté d'expression, car le mot « haine » est subjectif et peut référer « à une vaste gamme d'émotions diverses »²⁰⁹. La juge McLachlin estime que la restriction de la liberté d'expression par le paragraphe 2 de l'article 319 du *Code criminel* est trop large considérant les avantages conférés, et elle mentionne les nombreux domaines touchés par la disposition, l'impact sur le débat public et les conséquences pour l'individu concerné. Pour la minorité qu'elle représente, imposer le silence à J. Keegstra fera des propagandistes de la haine, des martyrs, et comme la notion de haine est très vague, inhibera des formes d'expression légitimes.

Malgré leur division, les juges partagent une « *tradition canadienne* » distincte de la « *tradition américaine* », en matière de droits fondamentaux et de propagande haineuse. Ils s'accordent pour dire que l'article 1 de la *Charte* impose d'équilibrer des droits concurrents et les « valeurs » et « intérêts » que les droits protègent. Ils attachent une importance à l'égalité qui protège les individus du préjudice résultant de traitements discriminatoires, qui renforce leur estime de soi, souligne leur statut de citoyen et encourage leur pleine participation sociale et politique.

[70]

Dans l'arrêt *Keegstra*, le juge en chef Brian Dickson cite l'avant-propos du Rapport Cohen pour réaffirmer les éléments essentiels à considérer lors de la défense de la liberté d'expression : expériences historiques, contexte socio-politique et conséquences des actes d'expression, multiplicité des acteurs en présence, dont la société²¹⁰ :

Le présent rapport est une étude de la puissance destructrice des mots et des mesures qu'une société civilisée peut prendre pour y obvier. La loi ou la coutume ne peut ni ne doit redresser tous les abus dans les rapports entre les humains. Mais toutes les sociétés, de temps à autre, fixent les limites de ce qui ne saurait être toléré et permis. Dans une société libre comme la nôtre, où la liberté de parole peut faire naître des idées propres à

²⁰⁸ Arrêt *Keegstra*, p. 787.

²⁰⁹ Arrêt *Keegstra*, p. 785.

²¹⁰ Arrêt *Keegstra*, p. 725.

modifier jusqu'à l'ordre établi, on attache beaucoup de prix à la rhétorique sans se soucier des conséquences. Mais ce penchant pour l'éloquence ne doit pas aller jusqu'à tolérer les préjudices causés à la collectivité et aux personnes ou groupes identifiables, victimes innocentes du feu croisé de la discussion qui dépasse les limites permises.

Il écrit encore ²¹¹ :

Il existe essentiellement deux sortes de préjudices résultant de la propagande haineuse. D'abord, le préjudice infligé aux membres du groupe cible. Incontestablement, le préjudice émotionnel occasionné par des paroles peut avoir de graves conséquences psychologiques et sociales [...] des paroles et des écrits incitant volontairement à la haine peuvent représenter une attaque grave contre des personnes appartenant à un groupe racial ou religieux. À mon avis, il est normal qu'un individu visé par une propagande haineuse se sente humilié et avili. En effet, le sentiment de dignité humaine et d'appartenance à l'ensemble de la collectivité est étroitement lié à l'intérêt et au respect témoignés à l'égard des groupes auxquels appartient l'individu (voir I. Berlin, « Deux conceptions de la liberté », dans *Éloge de la liberté* (1988), 167, aux pp. 202 et 203). La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettront de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine, notamment en respectant les nombreux groupes raciaux, religieux et culturels de notre société.

[71]

Un second effet nocif de la propagande haineuse est son influence sur l'ensemble de la société. Le comité Cohen (29) avait fait remarquer que les gens peuvent être persuadés de :

Presque n'importe quoi pour peu qu'on se serve de la bonne technique pour leur communiquer des renseignements ou des idées et qu'on le fasse dans des circonstances propices [...] Il n'est donc pas inconcevable que la diffusion active de la propagande haineuse puisse gagner des gens à sa cause et, par le fait même, engendrer de graves discordes entre divers groupes culturels de la société. [...] Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction (Matsuda, loc. cit., aux pp. 2339 et 2340).

²¹¹ Arrêt *Keegstra*, p. 746-747.

Et le juge Dickson de poursuivre ²¹² :

Un troisième ordre d'idées avancées pour justifier la protection de la liberté d'expression touche plus particulièrement le domaine politique. Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b) ²¹³, et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous.

Néanmoins, comme les membres du Comité Cohen, la majorité dans l'arrêt *Keegstra* doute que la liberté d'expression favorise toujours et uniquement l'accomplissement individuel et la poursuite de la vérité et serve, comme souvent invoqué aux États-Unis, la défense de la démocratie. Le juge Dickson écrit ²¹⁴ :

[72]

Compte tenu toutefois de l'énergie inégalée avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l'idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'alinéa 2(b) ²¹⁵.

²¹² Arrêt *Keegstra*, p. 763-764.

²¹³ https://www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/annexe-b-de-la-loi-de-1982-sur-le-canada-r-u-1982-c-11/derniere/annexe-b-de-la-loi-de-1982-sur-le-canada-r-u-1982-c-11.html#art2_smooth

²¹⁴ Arrêt *Keegstra*, p. 765

²¹⁵ À la suite au jugement de la CSC en 1990, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de l'Alberta, qui ordonne un nouveau procès parce que le juge de première instance n'a pas permis à Keegstra de récuser des membres du jury. Ce dernier est déclaré coupable lors de ce deuxième procès, décision qu'il conteste devant la Cour d'appel de l'Alberta qui lui donne gain de cause, car le juge de première instance aurait erré dans ses réponses aux questions du jury. Le ministère public interjette appel et Keegstra demande la permission d'en appeler à la CSC pour soulever de nouvelles questions sur la constitutionnalité des articles sur la fomentation de la haine (319(2) et 319 (3) du *Code criminel*. La CSC refuse la demande d'autorisation de pourvoi de J. Keegstra.

L'arrêt *Andrews*

À la suite d'une plainte par le Congrès juif canadien, B'nai Brith, Interamicus, the Women's Legal Education and Action Fund, M. Andrews et Robert Smith, le chef et le secrétaire du *Nationalist Party of Canada*, une organisation de suprémacistes blancs, sont accusés d'avoir fomenté la haine contre un groupe identifiable, contrevenant au paragraphe 319(2) du *Code criminel*. Les deux participent à la publication et la distribution du *Nationalist Reporter*, la publication bimestrielle du parti. Lors d'une perquisition de leurs résidences, plusieurs documents sont saisis, dont des exemplaires du *Nationalist Reporter*, des cartes photocopées adhésives et des lettres écrites par les abonnés. Ces documents contiennent des propos haineux niant l'Holocauste, prônant la suprématie des blancs et dénigrant les personnes juives, noires et les membres d'autres minorités. M. Andrews est condamné à un an de prison et M. Smith à sept mois. La durée de ces peines est subséquemment réduite par la Cour d'appel de l'Ontario devant laquelle les appelants ont fait valoir, entre autres, que le paragraphe 319(2) viole la liberté d'expression protégée par l'article 2 de la Charte canadienne. Contrairement à la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Keegstra*, une majorité de la Cour d'appel de l'Ontario décide que la disposition ne viole pas l'article 2b) de la *Charte canadienne*.

La question de la constitutionnalité du paragraphe 319(2) du *Code criminel* étant la même que celle soulevée dans l'affaire *Keegstra*, la Cour prononce en même temps les motifs des deux arrêts ²¹⁶. La majorité de quatre juges, dont le juge en chef Dickson, et la dissidence de trois juges, souscrivent aux motifs qu'ils ont avancés dans l'arrêt *Keegstra*. La majorité statue que la disposition en question viole la liberté [73] d'expression mais que cette violation est justifiable sous l'article premier de la Charte canadienne. La dissidence, sous la plume de la juge McLachlin, estime que la restriction à la liberté d'expression ne peut être justifiée par l'article premier.

L'arrêt *Zundel*

Deux ans plus tard, dans *R. c. Zundel* ²¹⁷ (ci-après arrêt *Zundel*), la CSC se prononce sur la constitutionnalité de l'article 181 du *Code criminel* qui prohibe la pu-

²¹⁶ *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S 870 ; arrêt *Keegstra*.

²¹⁷ *R. c. Zundel* [1992] 2 R.C.S 731.

blication d'une déclaration, histoire ou nouvelle que l'on sait fausse et de nature à causer une atteinte ou tort à quelque intérêt public, sous peine d'une peine de prison maximale de deux ans.

Durant les années 1970 et 1980, Ernst Zundel publie et distribue des brochures, des vidéos et des objets préconisant la suprématie de la race blanche ; il détient une maison d'édition à Toronto, Samisdat Publishers Ltd (Prutschi 1992). En 1983, Sabina Citron, une survivante des camps de concentration d'Auschwitz et de Bergen-Belsen et un membre de la *Canadian Holocaust Remembrance Association* ²¹⁸ fondée en vue de poursuivre les propagandistes de haine antisémite ²¹⁹, intente une première poursuite privée criminelle contre E. Zundel devant la Cour d'Ontario, laquelle sera prise en charge par la Couronne en 1984 (*ibid.*). L'objet des deux procès est la distribution d'une brochure antisémite, *Did Six Million Really Die ?* niant la véracité de l'Holocauste ²²⁰, ainsi que celle d'un pamphlet *The West, War and Islam* alléguant une conspiration pour la domination du monde par une coalition entre Sionistes, Francs-maçons, banquiers et communistes internationaux.

E. Zundel est inculpé pour publication de fausses nouvelles. Son premier procès, tenu en 1985, est très médiatisé, E. Zundel est condamné pour la diffusion de la brochure antisémite et il est acquitté pour celle du pamphlet invoquant une conspiration. Le procès donne lieu à une controverse publique (Quinn, 1985). Des Canadiens d'origine juive s'opposent aux plaintes de S. Citron et à toute plainte similaire qu'ils considèrent contre-productives. À leurs yeux, elles accordent une grande visibilité aux antisémites, créent des débats souvent incongrus sur l'Holocauste et obligent des survivants de l'Holocauste à témoigner de leur expérience dans les camps et (*ibid.*) ²²¹. Ce débat sur l'utilité de poursuivre en justice [74] des personnes proférant des propos négationnistes ou des politiciens proférant des propos haineux existe dans d'autres pays, comme lors d'un procès très documenté tenu en 2012 en Finlande (Askola 2014).

²¹⁸ Une organisation issue d'une scission en 1978 du Congrès juif canadien et affiliée au Toronto Zionist Council.

²¹⁹ Quinn, 1985. <https://archive.macleans.ca/article/1985/3/11/the-holocaust-trial>

²²⁰ Ce document a été déjà diffusé par d'autres organisations aux États-Unis et en Angleterre.

²²¹ Ces craintes semblent légitimes, comme le montreront les propos tenus dans une affaire ultérieure, en 2022, lorsque sera mis en cause le lien entre l'Holocauste et le nazisme, i.e. entre la haine des Juifs et l'idéologie du national-socialisme et que l'avocate de la défense tiendra les propos suivants : « *Selon le dictionnaire, le nazisme, c'est du national-socialisme. C'était une idéologie. Ça ne faisait pas partie du plan initial d'exterminer les Juifs. Et est-ce vraiment six millions de victimes ? Je pense que si des gens sont morts dans des camps de concentration, c'était pour sauver de l'argent* » (<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1896801/debat-holocauste-proces-neonazi-zeiger-chaput>).

En raison d'erreurs commises lors du procès, la Cour d'appel de l'Ontario ordonne un nouveau procès ²²². E. Zundel est de nouveau condamné en première instance et fait appel ²²³. Débouté il saisit la CSC. Le pourvoi de la CSC est formé contre la déclaration de culpabilité prononcée au second procès et concerne seulement la constitutionnalité de l'article 181 ²²⁴ du *Code criminel* ²²⁵. Les juges Cory et Iacobucci, en dissidence, reprenant la formulation du juge en Chef, précisent les questions constitutionnelles en cause ²²⁶ :

1. L'article 181 est-il contraire à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication, garantie à l'al. 2b) de la Charte canadienne ²²⁷ ?

2. Dans l'affirmative, l'article 181 est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la Charte canadienne ?

3. L'article 181 contrevient-il à l'article 7 de la Charte canadienne en ce qu'il constitue une restriction vague et incertaine de la liberté fondamentale d'expression ?

4. Dans l'affirmative, l'article 181 du Code criminel est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés ?

[75]

²²² R. v. Zundel, 31 C.C.C. (3rd) 97, (Cour d'appel de l'Ontario).

²²³ Cour d'appel de l'Ontario (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 ; Cour d'appel de l'Ontario (1990), 53 C.C.C. (3d) 161.

²²⁴ <https://qweri.lexum.com/w/calegis/lrc-1985-c-c-46-fr#!fragment/art181/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoxdSBGADmoEoAaZ-bUwiARUUNwE9oAckFMlhSgm68Bw0eNwIAynIIAhAQCUAogBktANQCCAOQDCWpqTAAjaKWxwGDIA>

²²⁵ <https://qweri.lexum.com/w/calegis/lrc-1985-c-c-46-fr#!fragment/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoByCgSgBpltTCIBFRQ3AT0otokLC4EbDtyp8BQkAGU8pAELcASgFEAMioBqAQOByAYRW1SYAEbRS2ONWpA>

²²⁶ Arrêt Zundel, II. Questions faisant l'objet du présent pourvoi.

²²⁷ <https://qweri.lexum.com/w/calegis/annexe-b-de-la-loi-de-1982-sur-le-canada-r-u-1982-c-11-fr#!fragment/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoByCgSgBpltTCIBFRQ3AT0otokLC4EbDtyp8BQkAGU8pAELcASgFEAMioBqAQOByAYRW1SYAEbRS2ONWpA>

Contrairement aux opinions émises dans la trilogie des arrêts de 1990 (*Taylor, Keegstra, Andrews*), la CSC déclare la disposition du *Code criminel* inconstitutionnelle puisqu'elle viole la liberté d'expression et ne peut pas être sauvegardée sous l'article premier. L'affaire divise les juges, une majorité de quatre juges estimant la disposition inconstitutionnelle et une dissidence de trois juges considérant qu'il s'agit d'une limite raisonnable à la liberté d'expression sous le test de *Oakes*.

La majorité ²²⁸, sous la plume de la juge McLachlin, préconise une interprétation large de la liberté d'expression et rappelle que toute activité expressive qui transmet un message est protégée, sans égard au contenu, à moins qu'elle ne soit communiquée de façon violente. La fausseté n'est pas un critère qui justifie une exclusion de la protection, les déclarations fausses peuvent en effet avoir une valeur et il est difficile de déterminer si une déclaration est complètement fausse. De plus, la restriction à la liberté d'expression par l'article 181 ne peut être justifiée sous l'article premier de *la Charte*. La majorité estime que le législateur n'a pas fait état d'une préoccupation urgente et réelle qui pourrait justifier cette disposition qui historiquement visait à prévenir les déclarations diffamatoires contre la noblesse. Aussi peut-on difficilement en 1992 affirmer que son objectif est de contrer le racisme ou la propagande haineuse. La majorité mentionne également d'autres dispositions que l'article 181 du *Code criminel*, qui seraient plus efficaces et équitables pour faire face à la propagande haineuse, elle réfère à l'article 319 (paragraphe 2).

La majorité est encore d'avis que le critère de proportionnalité ne peut être respecté vu la portée large et indéterminée de l'expression : « *une atteinte ou du tort à quelque intérêt public* ». Et elle ajoute ²²⁹ :

²²⁸ Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin.

²²⁹ Arrêt *Zundel*, p. 734-735.

L'éventail des moyens d'expression que peut englober le libellé large et imprécis de l'art 181 s'étend à pratiquement toutes les déclarations controversées de faits apparents qu'on pourrait considérer être fausses et de nature à causer du tort à quelque intérêt public, indépendamment du fait de savoir si elles favorisent les valeurs qui sous-tendent l'al 2b)... Il y a donc un danger que l'art. 181 puisse avoir un effet paralysant sur des groupes minoritaires ou des particuliers qui peuvent être empêchés de dire ce qu'ils veulent, de peur d'être poursuivis.

Alors que la majorité rejette une interprétation de « *l'intérêt public* » de l'art. 181 comme incluant le droit à l'égalité (art. 15 de *la Charte*) ou la promotion du multiculturalisme (art. 27), la dissidence est de l'opinion contraire. À ses yeux, la [76] notion d'intérêt public devrait être interprétée « *en fonction des valeurs garanties par la Charte* » et une « *société démocratique capable de donner effet aux garanties accordées par la Charte s'efforce également de créer une collectivité qui s'engage à poursuivre l'égalité, la liberté et la dignité humaine* »²³⁰. La dissidence estime aussi que l'art. 181 est suffisamment précis pour satisfaire au test de Oakes. Le but urgent et réel visé par la disposition ressort du texte, il consiste à éviter le préjudice causé par la publication de mensonges : « *[c]et objectif précis permet aussi de promouvoir l'intérêt public visant à favoriser la tolérance raciale, religieuse et sociale. [i]l existe un besoin urgent et réel de protéger les groupes identifiables selon l'art. 15 de la Charte* »²³¹. Il ne s'agit pas d'un but nouveau ou distinct mais d'une évolution de l'objectif initial d'étendre les protections contre les faux discours « *visant des groupes sociaux vulnérables et, par conséquent, de protéger l'intérêt public contre l'intolérance sociale et l'inquiétude publique* »²³². L'article 181 du *Code criminel* sera abrogé en 2019²³³.

Malgré leur division dans ces quatre arrêts, les juges s'accordent pour dire que l'article 1 de la Charte canadienne impose d'équilibrer des droits concurrents et les « *valeurs* » et « *intérêts* » que les droits protègent.

²³⁰ Arrêt *Zundel*, p. 806.

²³¹ Arrêt *Zundel*, p. 807.

²³² Arrêt *Zundel*, p. 819.

²³³ Loi modifiant le *Code criminel*, la *Loi sur le système de justice pénale* pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, LC 2019, c 25, art. 62.

L'activisme minoritaire au Canada ²³⁴

Un trait marquant de la scène canadienne durant les années 1990 est l'importance et la persistance de l'activisme minoritaire, sous forme non seulement de plaintes devant les tribunaux mais aussi de demandes de réforme, surtout de la part de personnes ou de groupes d'origine juive. Le Congrès Juif canadien porte plainte auprès de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique contre la publication le 9 mars 1994 d'un article titré « *Swindler's List : Hollywood Propaganda* » susceptible d'exposer les Juifs à la haine et au mépris sur la base de leur race, religion et ascendance, en contravention de l'article 7(1)(b) du *British Columbia Human Rights Code* (1996). La plainte est rejetée ²³⁵. En juin 1998, B'nai Brith Canada adopte à l'unanimité une résolution demandant que le refus de reconnaître l'Holocauste soit considéré comme un acte criminel. En mars 1999, les participants à un symposium international sur la haine sur Internet, organisé par [77] B'nai Brith Canada, proposent que le téléchargement et la possession de propagande haineuse dans le but de faire la promotion de la haine ne soient pas de simples infractions mais des infractions criminelles (Rosen 1985, chronologie).

La même année un jugement concernant à nouveau North Shore Free Press Ltd. et Doug Collins, est rendu par le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique. Le plaignant, Harry Abrams, un membre actif de la communauté juive de Victoria, allègue que North Shore Free Press Ltd. et Doug Collins ont publié ou fait publier des articles discriminatoires contre les Juifs susceptibles d'exposer ces derniers à la haine ou au mépris fondés sur la race, la religion et l'ascendance, et ce en contravention de l'article 2 de la *British Columbia Human Rights Act* ²³⁶ (S.B.C. 1984, c. 22) ²³⁷.

Les causes portées par des victimes de propos haineux sont souvent médiatisées alimentant le débat public et académique et diverses mesures sont prises. Des uni-

²³⁴ Le passage sur l'activisme minoritaire est en partie reproduit de Helly *et al.* 2021.

²³⁵ *Canadian Jewish Congress v. North Shore Free Press Ltd.* (No. 7), (1997) 30 BCHRT D/5.

²³⁶ Depuis 1996, l'article 7 du *British Columbia Human Rights Code*, R.S.B.C 1996, c. 210.

²³⁷ *Abrams v. North Shore News and Collins* (1999) B.C.H.R.T 7. Les intimés répliquent que cet article viole l'article 2 de la *Charte canadienne*. Selon le Tribunal, les preuves sont suffisantes pour condamner la partie accusée : Doug Collins et North Shore News sont sommés de cesser la publication d'énoncés susceptibles d'exposer des Juifs à la haine et au mépris. Une somme de 2,000\$ est accordée au plaignant en réparation de l'atteinte à sa dignité et à son estime de soi.

tés policières chargées des crimes motivés par les préjugés et la haine sont établies et un projet de loi sur la réforme de la détermination de la peine est adopté en 1995²³⁸. D'autres mesures concernent la mise à jour de la réalité des crimes haineux. *The Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* fait des recommandations à cet effet en 1995 et le ministère fédéral de la Justice finance des études (Rosen 2000, mise à jour). Patrimoine Canada, le Centre canadien des statistiques et des groupes de travail sur la diversité, l'égalité et la justice (*Working Group on Diversity, Equality and Justice*) aux échelles nationale et provinciale se penchent également sur la question. En février 1998, le comité *Information et Statistiques* de l'Association canadienne des chefs de police pointe la nécessité d'une définition nationale d'un crime haineux et une recommandation répétée par les divers intervenants suggère la création d'un système national de collecte de données. En janvier 1999, le Centre canadien des statistiques reçoit le mandat du *Projet de recherche sur les politiques (Policy Research Initiative)* d'envisager un système national de collecte de données par les services policiers. Et, en 1999, pour la première fois, *l'Enquête sociale générale* demande aux répondants [78] de citer les actes haineux qu'ils estiment avoir subis. Les premières statistiques officielles canadiennes sur les crimes haineux selon la définition du *Code criminel*, seront publiées en 2006.

Selon la réforme sur la détermination de la peine en 1995, la motivation d'une infraction par des préjugés ou motifs haineux devient en vertu du sous-alinéa 718.2(a)(i) du *Code criminel*, une circonstance aggravante de la détermination de la peine²³⁹. Le projet de loi C-41, porteur de cette modification, est controversé en raison de l'inclusion de l'orientation sexuelle comme critère illicite de discrimination²⁴⁰. Apparaissant comme une législation militant pour les droits des homosexuels, il est qualifié par certains, dont le Parti de la Réforme, d'immoral et de contre nature. Néanmoins, grâce à l'appui d'organisations militant pour les droits de communautés minoritaires²⁴¹, le projet est requalifié de législation luttant contre les crimes haineux et voté (Lawrence et Verdun-Jones 2011, 31 ; Lunny 2017, chapitre 2). Le débat autour du projet de loi C-41, l'interdiction de discrimi-

²³⁸ P.L. 41, Loi modifiant le *Code criminel* (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, 1^{re} sess., 35^e lég., 1995 (sanctionnée le 13 juin, 1995).

²³⁹ *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22, art. 6.

²⁴⁰ L'orientation sexuelle est introduite en 1996 dans la *LCDP*.

²⁴¹ B'Nai Brith of Canada, Canadian Jewish Congress, Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations, Urban Alliance on Race Relations, Centre de Recherche-Action sur les Relations Raciales, Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Coalition for Lesbian and Gay Rights in Ontario, 519 Church Street Community Centre, Ottawa Police Liaison Committee for Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Communities.

nation sur la base de l'orientation sexuelle introduite en 1996 ainsi qu'une nouvelle jurisprudence ²⁴² et une croissance de gestes et propos haineux à leur égard créent une nouvelle situation. Ils encouragent de nouveaux acteurs à participer aux débats sur la censure de la haine en ligne. À partir du milieu des années 1990, des membres des minorités sexuelles opèrent un changement de position sur cette question et interviennent dans les débats (Major 1996 ; Cohen 2000 ; Mahoney 2009).

²⁴² *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, 498 ; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, 26.

[78]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.8.

Les artuments libertariens**L'autonomie individuelle,
T. Scanlon, 1996, 2003**[Retour à la table des matières](#)

Aux États-Unis, la situation est fort différente de celle au Canada où la trilogie des décisions de la CSC des années 1990 marque un changement notable. La Cour US défend une conception quasi absolue de la liberté d'expression, que condamnent des auteurs comme R. Delgado, M. Matsuda et S. Fish et que légitiment des philosophes devenus célèbres durant les années 1990. Les questions de la protection des minorités contre des propos diffamatoires, du respect du précepte de l'égalité et des effets nocifs des propos haineux sur les victimes et sur la société sont pertinentes [79] aux yeux de ces philosophes mais elles ne sauraient valider des limites à la liberté d'expression. T. Scanlon aux États-Unis mais aussi un universitaire canadien, W. Sumner, sont deux des auteurs les plus connus de ce positionnement durant les années 1990-2000.

Thomas Scanlon²⁴³ fait paraître son premier texte marquant sur la liberté d'expression en 1972, puis il publie plusieurs essais sur le même sujet, dont *The Difficulty of Tolerance* en 1996. Vu le succès de ces textes, la plupart sont rassemblés en un livre du même titre en 2003. En 1996, comme dans ses écrits précédents en 1972 et en 1978, il s'identifie comme libertarien en matière de droits civils et défend le droit des citoyens d'être informés de toutes opinions possibles et d'être exposés à des opinions diverses en vue de prendre la meilleure décision politique

²⁴³ Professeur (Alford Professor of Natural Religion, Moral Philosophy, and Civil Polity) à Harvard University, de 1984 à 2016.

(1996, reproduit 2003, 194). Il insiste sur une idée : la liberté d'expression permet, sinon fonde, l'autonomie de chacun, alors que la censure sape cette autonomie ; « *all members of a society are equally entitled to be taken into account in defining what our society is and equally entitled to participate in determining what it will become in the future* » (1996/2003, 190). L'idée ne s'applique pas simplement aux activités formelles de la sphère politique (vote, accès aux postes politiques) mais à toute sphère de la vie sociale (« *informal politics of social life* ») : « *A tolerant society [...] is one that is democratic in its informal politics* » (1996/2003, 190).

T. Scanlon prône un principe général de tolérance ancré dans la rationalité humaine, ainsi que des standards de tolérance devant gouverner la société civile et l'État. La tolérance est une attitude, une vertu, un idéal moral, qui exige de traiter comme égale toute personne affirmant des idées contraires aux nôtres ; les standards réfèrent à la capacité et à la volonté des citoyens d'accepter les différences d'opinions, de mœurs, de valeurs, inclusivement celles rebutantes et, fait notable et inédit, celles menaçantes. T. Scanlon (1996/2003, 191-192) illustre sa position en ces mots : « *We all have a profound interest in how prevailing customs and practices evolve* ». Néanmoins, cet intérêt ne saurait entraîner l'appui à une législation prohibant des mœurs ou des comportements : « *What is objectionable about the 'legal enforcement of morals' is the attempt to restrict individuals' personal life as a way of controlling the evolution of mores* ». La tolérance n'est pas un contrat d'indifférence, selon lequel chacun admet les pratiques de l'autre en autant qu'il demeure libre de suivre ses propres pratiques ; c'est un contrat exigeant qu'on admette que les pratiques d'autrui qu'on réprovoque, soient prédominantes. T. Scanlon (1996, 193) explique : comme dans toute société il existe de très profondes dissensions en matière de valeurs et de comportements, « *What tolerance expresses [80] is a recognition of common membership that is deeper than these conflicts, a recognition of others just as entitled as we are to contribute to the definition of our society* ».

Dans *A theory of freedom of expression*, publié en 1972 (1972/réédité 2003, 12), T. Scanlon avait fait la remarque que certains actes d'expression menaçaient le principe de tolérance vu le respect dû aux personnes : « *Another way in which an act of expression can harm a person is by causing others to form an adverse opinion of him or by making him an object of public ridicule. Obvious examples of this are defamation and interference with the right to a fair trial* ». En 1996 (1996/réédité 2003, 199), il précise que les victimes peuvent aussi menacer le principe de tolérance :

[O]ne often fails... to distinguish between opposition to a message and the belief that allowing it to be uttered is a form of partisanship on the part of the state. It is therefore natural for the victims of hate speech to take a willingness to ban such speech as a litmus

test for the respect that they are due. Even if this is an unreasonable demand, as I believe it often is, the indeterminacy and political sensitivity of standards of tolerance make it politically irresistible (nous soulignons).

La protection contre des discours haineux, qui concernent principalement sinon essentiellement des groupes culturels minoritaires, serait souvent, selon T. Scanlon, « *une demande déraisonnable* » que certes le principe de tolérance pourrait porter à respecter. Mais, dans un autre essai, *Freedom of Expression and Categories of Expressions* (1979/réédité 2003, 98), il rappelle quelles sont les catégories d'acteurs concernées par tout conflit sur la liberté d'expression, auteurs, audience et passants témoins (« *bystanders* », soit parmi eux des personnes éventuellement victimes de propos haineux) et écrit :

[...] where political issues are involved governments are notoriously partisan and unreliable. Therefore, giving government the authority to make policy by balancing interests in such cases presents a serious threat to particularly important participant and audience interests.

T. Scanlon semble suivre la logique des auteurs du courant absolutiste pointée par M. Matsuda, i.e. une appréciation différente des discours préjudiciables selon leur cible. Il réaffirme qu'il existe deux types de propos diffamatoire, l'un non politique susceptible d'être interdit, un autre politique, protégé. Selon ce point de vue, la réputation sociale d'individus ou de groupes honnis publiquement n'est pas une question politique vu qu'elle ne participe pas des activités du gouvernement et du processus électoral. Mais T. Scanlon se dit soucieux du respect des groupes vilipendés publiquement et il écrit (1996/réédité 2003, 199-200) :

[81]

Even in more trivial cases, in which one is in no way threatened, one often fails [...] to distinguish between opposition to a message and the belief that allowing it to be uttered is a form of partisanship on the part of the state. It is therefore natural for the victims of hate speech to take a willingness to ban such speech as a litmus test for the respect that they are due. Even if this is an unreasonable demand, as I believe it often is, the indeterminacy and political sensitivity of standards of tolerance make it politically irresistible.

[...]

Civil libertarians like me, who rush to the defense of that system, should not merely shout "You can't do that !" but should also ask the question of accommodation : "Are there other ways, not damaging to the system of tolerance, in which respect for the threatened group could be demonstrated ?"

La question reste sans réponse. T. Scanlon juge légitimes les rapports de force, même inégaux, entre groupes raciaux, culturels, religieux, et il ne met pas leur existence en jeu. Il ne voit de différence entre l'expression d'un désaccord avec des mœurs, des valeurs, des idées d'une personne ou d'un groupe, et l'expression d'un mépris, d'une forte hostilité, d'une haine envers ces mœurs, cette personne ou ce groupe. Il n'attribue pas de valeur aux différences d'accès à l'expression sur la place publique par les groupes sociaux s'opposant en matière de mœurs et de valeurs. Hostilité, mépris, haine et différences de pouvoir entre groupes sociaux participent de relations de pouvoir légitimes au sein d'une société.

Néanmoins, en 1998 (6-7), deux ans plus tard, dans *What We Owe to Each Other*, T. Scanlon avance l'idée de contrat (« *contractualism* »), au sens de ce que nous nous devons les uns aux autres (« *what we owe to each other* »). Ces obligations ressortent de la nature de chacun comme créature rationnelle, capable de formuler des jugements et de gouverner sa vie en accord avec ceux-ci. Elles impliquent de traiter les autres selon les principes au premier chef de la valeur de la vie humaine et de l'idéal de reconnaissance mutuelle. *What We Owe to Each Other* défend une forme de moralité interpersonnelle basée sur deux exigences : accorder aux autres ce qui leur est dû, être capable de justifier sa conduite à leurs yeux en sorte qu'ils ne la rejettent pas. T. Scanlon ne précise pas la teneur des principes et les conséquences d'un éventuel refus des autres, pas plus que la teneur des besoins, intérêts et sensibilités des autres. Sa position s'avère essentiellement moraliste, sans portée politique, ni vision du rôle de l'État démocratique dans l'actualisation de l'impératif d'égalité.

[82]

Leonard W. Sumner, l'analyse conséquentialiste, 2004

En 2004, un an après la publication de la somme des essais de T. Scanlon, Leonard Wayne Sumner, professeur de philosophie à l'Université de Toronto, fait de la réfutation de la performativité du langage, l'objet d'un ouvrage *The Hateful and the Obscene : Studies in the Limits of Free Expression*. Contrairement aux écrits de R. Delgado, M. Matsuda et S. Fish, il avance que la propagande haineuse ne saurait être prohibée en l'absence de preuve raisonnable de ses effets sur les personnes qu'elle vise. Il se porte aussi en faux contre les décisions de la CSC, notamment contre l'arrêt *Keegstra*.

L. W. Sumner veut fonder une théorie compréhensive de la liberté d'expression en faisant siens les principes de J. S. Mill de « *harm/tort* » et de conséquentialisme ²⁴⁴, des principes qui lui semblent les plus acceptables par la majorité des acteurs du débat (les absolutistes de la liberté d'expression étant exclus) (2004, 32-33). Une limite à une forme d'expression n'est justifiable que si un tort est causé à autrui et si elle apporte plus de bénéfices que de coûts. Mais un tort moral ne saurait justifier une restriction de liberté : « *whether something is good for a person depends ultimately on that person's desires, preferences, aims, tastes or values* » (2004, 41). Ce faisant, un tort moral, comme une détresse psychologique, ne saurait entrer en balance avec la liberté d'expression, car trop de personnes sont aisément blessées ou angoissées (« *distressed* ») (2004, 47). L. W. Sumner n'admet comme limites à la liberté d'expression, que des propos haineux appelant à violer la paix sociale, la fomentation de la haine (délits couverts au Canada par les paragraphes (1) et (2) de l'article 319 du *Code criminel*) et la diffamation, mais il n'apporte guère d'explication de cette posture.

L. W. Sumner prône une analyse conséquentialiste, soit l'examen de comment « *interference with the expression must yield a better balance of benefits over costs than non-interference* », et il argue que le lien entre les propos discriminatoires et les actes violents est faiblement établi (2004, 33). Il exige une définition claire du préjudice subi lors de propos ou de gestes haineux et demande des études longitudinales et intersectorielles prouvant le tort causé, à l'image des enquêtes permettant de justifier la restriction de la pornographie juvénile (2004, 161-162). Son insistance à demander des preuves argumentées du tort infligé le conduit à ignorer l'effet éventuellement dissuasif d'une limitation des propos haineux.

[83]

Pour traiter du respect de l'égalité de traitement des personnes victimes de propos haineux, L.W. Sumner se penche sur les intérêts défendus par la liberté d'expression (2004, 60). Il reprend, semble-t-il, la catégorisation de T. Scanlon qui distingue les intérêts du locuteur, de l'audience visée et des passants (« *bystander interests* »). Dans le cas de propos haineux, reconnaître l'égalité comme une valeur fondamentale exigerait que soit faite la preuve d'un préjudice relevant de l'incitation à rompre la paix sociale ou de la fomentation de la haine. L'appel à la moralité n'est pas plus un motif de prohibition des propos haineux. Prenant pour exemple la pornographie, sujet central du volume publié en 2004, la corruption

²⁴⁴ Selon S. Mill (2015, 19-20), « the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others ». Le conséquentialisme est un calcul des coûts et bénéfices d'une intervention de l'État comparativement à une absence d'intervention.

morale n'est pas une justification pour limiter l'expression, car les victimes sont le plus souvent consentantes, sauf dans le cas des enfants. L. W. Sumner rejette ainsi l'invocation par la CSC de standards coutumiers de tolérance pour juger de la dégradation morale causée aux femmes par la pornographie (arrêt *Butler*, 1992). En effet, l'intolérance d'une majorité ne saurait balancer le bénéfice de la liberté d'expression.

L.W. Sumner juge aussi inadéquats les arguments fondant la décision de la CSC dans l'arrêt *Keegstra*. La CSC aurait échoué le test des coûts et bénéfices en prohibant la divulgation de propos antisémites par Keegstra pour trois raisons. Il existe de multiples autres dispositions dans le *Code criminel* pour punir l'incitation au crime ; la propagande haineuse est un discours politique et comme tel requiert protection ; l'interdiction de la propagande haineuse est inefficace, aucun bénéfice ne venant contrecarrer les coûts qu'elle cause, *i.e.* encourager les propagandistes à la clandestinité et interdire d'autres formes d'expression (2004, 197-198). Cependant, il soutient le mode d'évaluation des coûts et des bénéfices d'une restriction de la liberté d'expression par la CSC, car celle-ci procède au cas par cas, selon le contexte, et évite une posture absolutiste comme tendrait à le faire la Cour US. Cette Cour, selon L.W. Sumner, appliquerait le principe conséquentialiste non à des cas mais à des catégories d'expression, distinguant celles politiques et celles non politiques (2004, 76-77).

L.W. Sumner introduit la notion de « *inclusiveness* » (2004, 32) comme base d'un modèle éthique de réflexion sur les restrictions de la liberté d'expression qui accommoderait les exigences d'autres théories que celle conséquentialiste qu'il soutient. Il appelle à un compromis, à un consensus par recoupement entre les différentes théories raisonnables (utilitarisme et approche instrumentale) (2004,32) :

Since we are seeking a foundational, rather than freestanding, justification for free expression, there is much to be said for keeping our commitments as weak as possible, so as to ensure their wider acceptability and avoid the problem of conflict among rival comprehensive theories. On the other hand, the commitments must still be strong enough to yield fairly determinate results - including results for the hard cases. The former pressure will tend [84] to push us back to the basic platform of Mill's instrumentalism, which may be widely -though not universally- endorsed, while the latter pressure may pull us all the way forward to his full-blown utilitarianism.

... While utilitarianism is a very sectarian doctrine indeed, consequentialism (with no commitment to either welfarism or aggregation) is much less so, especially in the arena of public policy. If it could be shown that the parties to public debates about rights in general, or the right to free expression in particular, share a commitment — whether implicit or explicit - to a consequentialist framework, then the risk of merely sectarian appeal is minimized. Whether something like this can be shown is a question to be explored later. Meanwhile, we note only that, like their freestanding counterparts, foundational

strategies can also be more broadly or narrowly based, and that inclusiveness is here too a virtue [...] The two methodologies still differ, since the foundational approach aims to derive political rights from a (broadly defined) ethical framework while the freestanding strategy seeks a consensus on such rights among competing frameworks. But the gap between them is less wide than it might seem.

L.W. Sumner développe une vision atomisée de la société comme une juxtaposition d'individus nantis de la puissance de fonder leurs propres valeurs et statuts sociaux, d'individus centrés sur la défense de leurs intérêts et capables de faire face à des humiliations, insultes et menaces sans besoin de réparation ou de reconnaissance. On pourrait placer L.W. Sumner au rang des théories conséquentialistes centrées sur l'agent ²⁴⁵. Une telle absence de contextualisation socio-politique de l'exercice des droits va de pair avec l'exigence d'une appréciation neutre du contenu de l'expression haineuse par l'État et les tribunaux. En cela, L.W. Sumner réfute la thèse des auteurs centrant leur analyse des limites de la liberté d'expression sur les effets de celle-ci sur les personnes ciblées, tels R. Delgado, M. Matsuda, S. Fish, voire L. Bollinger.

²⁴⁵ On peut distinguer ces théories selon qu'elles s'intéressent uniquement aux conséquences d'un acte pour son auteur ou aux conséquences pour autrui ou encore pour la société.

[84]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.9.

Le droit d'offenser

Les « musulmans »

[Retour à la table des matières](#)

La décennie 2000 est marquée par les attentats islamistes aux États-Unis et en Europe. Elle signe l'adoption de mesures de sécurité et le retour d'interventions armées massives des États-Unis et souvent de leurs alliés contre la Serbie en défense [85] des frontières de la province kosovare, contre les régimes en place en Somalie, en Libye, en Irak et en Afghanistan au nom de leur soutien de mouvements terroristes islamiques.

Au Canada, le 18 décembre 2001, le gouvernement libéral au pouvoir sanctionne le projet de loi C-36²⁴⁶ (dite *Loi antiterroriste*²⁴⁷), qui, est-il affirmé, ne saurait être réduit à une simple réponse aux attentats de septembre 2001. Selon Irwin Cotler²⁴⁸, le projet de loi est animé par des principes visant à contrer l'effet pervers des attentats connu aux États-Unis²⁴⁹ :

²⁴⁶ PL C-36, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001.

²⁴⁷ *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

²⁴⁸ S'exprimant lors du réexamen de la loi en 2005. I. Cotler est nommé ministre de la Justice et procureur général du Canada en décembre 2003.

²⁴⁹ Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste*, 38^e lég., 1^{re} sess., Fascicule 2, 21 février 2005, p. 2 :18 (Irwin Cotler, député, ministre de la Justice et procureur général du Canada).

Le neuvième principe porte sur les droits des minorités. Ce principe vise en particulier à éviter aux minorités visibles d'être ciblées et traitées de façon différente ou discriminatoire dans le cadre de l'application de la Loi antiterroriste. [...] Dans son mémoire au comité, la Coalition des organisations musulmanes a fait valoir que les Canadiens et les Canadiennes de foi musulmane subiraient un traitement différent et discriminatoire en raison de la Loi et de la politique antiterroriste du gouvernement. [...] Nous sommes déterminés à nous assurer que les dispositions et l'application de la Loi antiterroriste n'aient aucune répercussion sur les membres des minorités ethnoculturelles et religieuses. Le profilage racial est en soi une forme de discrimination qui sape le droit constitutionnel à l'égalité.

Le dixième principe vise à préciser le concept de répression du discours haineux.

Ce principe, autre variante du principe des droits des minorités, cherche à protéger les minorités visibles contre la haine sur Internet ou dans le domaine des communications publiques qui peut avoir pour effet d'en faire non seulement une cible de la haine, mais également les cibles d'actes terroristes.

La Loi antiterroriste apporte une modification au *Code criminel* quant à la propagande haineuse et à l'infraction de méfait. Suivant le libellé de l'article 320.1 du *Code criminel*, il est désormais permis :

Au tribunal d'ordonner que la propagande haineuse accessible en ligne au public soit effacée lorsque celle-ci est emmagasinée sur un serveur situé dans [86] le ressort du tribunal. Cette disposition s'applique à la propagande haineuse accessible au moyen de systèmes informatiques canadiens, peu importe où le propriétaire du matériel se trouve, ou s'il peut être identifié ou non.

Par ailleurs, des attaques contre les lieux de culte, nombreuses durant les années 1990, sont craintes et une autre disposition est adoptée. Selon une modification du paragraphe 430(4.1) du *Code criminel* ²⁵⁰,

²⁵⁰ La mesure sera complétée en décembre 2017 par l'introduction du méfait à l'égard d'un bien servant à des fins d'enseignement, d'activités ou d'événements à caractère administratif, social, culturel ou sportif, ou encore de résidence pour personnes âgées (*Loi modifiant le Code criminel (méfait)* L.C. 2017, ch. 23). Le sénateur Gold expliquera lors des débats portant sur la deuxième lecture du projet de loi au Sénat : « *Des écoles ont été ciblées, dont l'école primaire juive qui a été la cible d'une bombe incendiaire à Montréal, en 2004 [...] [E]n juillet 2016, un centre communautaire juif de l'Ouest de l'Île de Montréal a été vandalisé. De plus, en février et mars 2017, des centres communautaires juifs de Calgary, de Toronto et de London, en Ontario, ont été évacués après avoir reçu des menaces d'attentat à la bombe. En juin 2016, une semaine seulement après la tuerie survenue dans un bar gai d'Orlando, quelqu'un a peint une croix gammée sur la porte principale du Centre des arts et des loisirs de Vancouver, un organisme qui travaille auprès de la communauté LGBTQ*

(4.1) Quiconque, étant motivé par des préjugés ou de la haine fondés sur la religion, la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique, commet un méfait à l'égard de tout ou partie d'un bâtiment ou d'une structure servant principalement au culte religieux — notamment une église, une mosquée, une synagogue ou un temple —, d'un objet lié au culte religieux se trouvant dans un tel bâtiment ou une telle structure, ou sur le terrain où ceux-ci sont érigés, ou d'un cimetière, est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

Les examens de la *Loi anti-terroriste* en 2005 et en 2010 voient s'opposer les représentants d'organisations juifs et musulmans ²⁵¹. Les premiers estiment que le concept de « *sécurité nationale* » sur lequel repose la loi, prévient les actes à caractère discriminatoire et ils appuient le projet de loi. Les seconds sont d'un avis contraire et, en 2010, l'Association canadienne des juristes musulmans explicite ses craintes ²⁵² :

[87]

L'une de nos principales inquiétudes au sujet de la législation et du ton qui règne sur les lois et politiques dans ce domaine, c'est qu'elles sont principalement inspirées par la peur. [...] Au bout du compte, dans cet environnement de la guerre contre le terrorisme, la culture de la crainte est malheureusement associée à la xénophobie. Les Canadiens musulmans et les musulmans de partout dans le monde en sont les victimes.

[...]. En décembre 2016, à Calgary, des vandales ont ciblé un gurdwara sikh, qui est non seulement un lieu de culte, mais un endroit où les gens se réunissent pour étudier et partager des repas. [...] [E]n avril 2017, la mosquée centrale d'Ottawa et un centre islamique d'Ottawa ont été vandalisés » (Débats du Sénat, 42^e lég., 1^{re} sess, vol. 150, no. 129, 7 juin 2017, p. 3293-3294).

²⁵¹ Dont Bnai Brith, Congrès juif canadien, Fédération canado-arabe, Conseil sur les relations américano-islamiques du Canada, Congrès islamique canadien, Association canadienne des juristes musulmans, Conseil musulman de Montréal.

²⁵² Ziyaad Mia, président, Comité de représentation et de recherche, Association canadienne des juristes musulmans, à la réunion du Comité permanent de la sécurité publique et nationale, 40^e lég., 3^e sess., no. 53, 10 février 2011, p. 1.

Deux stéréotypes sont construits par les médias et aussi par des gouvernements (dont ceux de G. W. Bush II et de T. Blair ²⁵³) durant les années 2000 : l'islam est source de violence archaïque, incontrôlable, irrationnelle ; l'islam est inadaptable aux démocraties sécularisées occidentales. Ces deux images sont reprises par les opinions publiques et une vague d'islamophobie s'étend dans les pays occidentaux. L'année 2002 marque à ce titre un jalon pour les actes haineux ²⁵⁴. On enregistre une victimisation marquée des musulmans et des Arabes alors que celle d'autres minorités continue. Sont visés des homosexuels, des Haïtiens, des Juifs, des Asiatiques et des Latino-Américains.

Aux États-Unis et au Canada, l'opinion publique et les principaux médias écrits ostracisent fortement les musulmans et les Arabes (Biles et Ibrahim 2002 ; Enns 2002 ; Helly 2004, 2008 ; Siddiqui 2022 ; Lean 2012).

Au Canada, au début des années 2000, on ne dispose pas de statistiques officielles mais, pour l'ensemble du pays, le Congrès islamique canadien (CIC) signale 1,600 % d'augmentation de crimes haineux à l'égard de personnes ou de lieux musulmans de septembre 2001 à septembre 2002. Le CIC reçoit 11 plaintes relatives à de tels crimes en 2000 ; il en recevra 173 en 2001. Entre le 11 septembre et le 15 novembre 2001, le Conseil canadien des relations américano-islamiques (CAIR-CAN) enregistre 10 menaces de mort, 10 messages haineux, 33 agressions verbales, 12 attaques de mosquées et 13 voies de fait. Le Toronto Police Service Hate [88] Crime Unit note pareillement pour 2001, une hausse de 66 % de gestes hostiles, soit 338 crimes haineux commis durant l'année et majoritairement entre sep-

²⁵³ Ou encore par le ministre français de l'Intérieur, N. Sarkozy, en 2002.

²⁵⁴ Selon le rapport spécial des Nations Unies (Diène 2003, 2, 4), l'hostilité à l'égard des personnes arabes et en général de confession musulmane prend des formes différentes selon le pays : attaques de personnes en Grande-Bretagne et en Allemagne, là particulièrement contre des femmes portant le hidjab ; multiplication de conflits sur différents sujets entre les « musulmans » et le reste de la population au Danemark ; attaques de lieux de culte aux Pays-Bas (90 du 11 septembre au 2 octobre 2001 selon l'Association of Anti-discrimination Centers) ; attaques à la bombe de mosquées en Australie et saccage d'une église libanaise maronite ; multiplication d'actes de malveillance en France (169 déclarés en 2002 dont un tiers dans le Nord et en Île-de-France) ; et nombreux cas de harcèlement verbal et d'attaques de personnes aux États-Unis. Au Canada les crimes haineux prennent plus souvent la forme d'insultes, de menaces et d'attaques de lieux de culte et les agressions physiques sont peu fréquentes. Deux agressions sont violentes, l'une contre une famille d'immigrés pakistanais battue dans un parc de Montréal au printemps 2002, l'autre contre un adolescent sévèrement blessé à Ottawa en septembre 2001. Dans les deux cas, les commettants sont des jeunes d'origine européenne (Helly 2004, 2008). Des 56 États membres de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), 50 recueillent des statistiques sur les crimes haineux (OSCE 2011).

tembre et octobre. Comparativement, en 2000, un seul crime haineux envers une personne identifiée comme musulmane a été commis dans la Ville de Toronto. Les services de police de trois autres villes canadiennes font également état d'une recrudescence de crimes haineux envers des « musulmans » de septembre à décembre 2001 : 40 à Montréal, 24 à Calgary et 44 à Ottawa. Dans ces trois villes, de tels cas étaient rares avant septembre 2001 ²⁵⁵ (Helly 2004).

Les autres minorités ne sont pas épargnées, bien que les actes à leur égard soient moins nombreux qu'envers les musulmans, les Arabes et les Pakistanais. En 2001 le service de police de Toronto compte 58 crimes haineux envers des personnes d'origine juive, 53 envers des personnes d'origine noire et 24 envers des personnes homosexuelles. Selon un sondage de Compas Inc. en 2002, 26 % des résidents du Québec et 10 % des résidents des autres provinces pensent que les Juifs détiennent trop de pouvoir au Canada. Par ailleurs, 15 % de l'ensemble des Canadiens, 26 % de ceux francophones et 39 % de ceux détenant un diplôme secondaire ou moins estiment que « *the persecution suffered by Jews before and during WWII was in part or mostly their fault* » (*The Gazette*, 25 septembre 2002).

Le Federal Bureau of Investigation (FBI) fait état de la même tendance aux États-Unis. Pour 2001 il enregistre 1,600 % d'augmentation de crimes haineux à l'égard de personnes perçues comme musulmanes, soit 481 dont trois meurtres et 35 incendies criminels, comparativement à 28 en 2000 (Helly, 2004). Mais 1,700 cas de crime haineux sont rapportés au Council on American Islamic Relations (CAIR) de septembre 2001 à février 2002 (Helly, 2004). En 2002, le FBI recense 170 crimes haineux envers des musulmans, néanmoins le plus grand taux de tels crimes sur la base d'un préjugé religieux concerne encore les Juifs (1,039) ²⁵⁶.

Si l'année 2002 voit une baisse des attaques haineuses contre des musulmans dans l'ensemble des pays occidentaux (Diène 2003, in Helly 2004), les années suivantes voient une hausse lente et constante de ces attaques dans la plupart des pays occidentaux. Au Canada, l'année 2006 marque une étape. Le nombre de crimes haineux par motif, province, type de méfait et autres facteurs, est désormais publié annuellement par Statistique Canada. Ces données sont certes incomplètes et le

²⁵⁵ Il faut cependant se rappeler du faible taux de plaintes. Lors de groupes de discussion organisés par le Conseil canadien des femmes musulmanes en 2002 et regroupant 181 femmes, les participantes relatent 40 cas de crimes haineux (appels téléphoniques menaçants ou dégradants, insultes sur la rue, vandalismes, voies de fait), dont deux seulement ont été rapportés à la police. Elles rapportent aussi 16 attentats à la bombe dans des villes canadiennes (Helly 2004).

²⁵⁶ United States Department of Justice, Federal Bureau of Investigation. *Hate Crime Statistics*, 2002. <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2002/hatecrime02.pdf>.

[89] restent jusqu'à nos jours, vu le très faible taux de plaintes par les victimes ²⁵⁷. De 2006 à 2016 ²⁵⁸, le nombre de crimes haineux au sens du *Code criminel* croît de 892 à 1,400, puis à 2,073 en 2017, 1,817 en 2018 et 1,951 en 2019. Les personnes les plus visées sont, par ordre d'importance, les personnes d'origine noire et celles de confession judaïque ou musulmane ²⁵⁹. Entre 2000 et 2008, au moins onze victimes décèdent des suites d'un crime haineux (Helly 2008).

De 2010 à 2018, les crimes haineux visant l'orientation sexuelle, les Asiatiques du Sud, les Arabes et les Asiatiques de l'Ouest, de l'Est et du Sud-Est sont plus souvent des crimes violents alors que les crimes ciblant les populations catholique, juive, noire et musulmane sont plus susceptibles d'être des infractions sans violence et principalement des méfaits. De 2010 à 2018, 45 % des crimes haineux violents visant les populations autochtone ou musulmane sont subis par des femmes (Moreau 2020) ²⁶⁰.

Aux États-Unis, où, à la différence du Canada, les propos haineux ne sont pas criminalisés sauf quelques exceptions décrites ci-dessus, les statistiques n'incluent que les gestes, dits crimes haineux, soit « *a committed criminal offense which is motivated, in whole or in part, by the offender's bias(es) against a race, religion, disability, sexual orientation, ethnicity, gender* » et le handicap depuis 1994. De 2003 à 2009, les crimes haineux décroissent significativement, d'environ un tiers selon les enquêtes du Department of Justice (2011) ²⁶¹. Puis, entre 2009 et 2017, leur nombre oscille de 115,300 à 107,900, avec des diminutions marquées entre 2010 et 2013 (Oudekerk 2019).

²⁵⁷ Sur cette question, voir Dauvergne *et al.* 2008 ; pour le Québec, Girard et Ducol 2021 ; Del Prado 2021. Dans le cas canadien, d'autres facteurs contribuent à l'imprécision des statistiques durant cette période. Des services de police n'enregistrent pas les crimes haineux (Halifax), ou n'enregistrent pas l'origine ethnoculturelle des victimes (Windsor) ou leur religion (Hamilton, Calgary, Waterloo, Edmonton). Les catégories pour identifier les victimes ou classer les crimes haineux varient selon les services. Le Toronto Police Service Hate Crime Unit, créé en 1993, utilise concurremment les catégories de « *Muslim, Pakistani, Middle Easterner, Somali, Arab and East Indian* » ; aussi est-il difficile de savoir si la religion musulmane, l'origine nationale ou culturelle ou le phénotype sont les raisons d'un crime haineux. La même unité ne traite pas les insultes criées dans la rue comme des crimes haineux alors que les organisations musulmanes et B'nai Brith le font (Helly 2004).

²⁵⁸ En 2017, seront ajoutés l'identité et de l'expression de genre comme motifs de distinction illicite dans la *LCDP* (art. 3(1)) et la notion de groupe identifiable dans le *Code Criminel* (art. 318(4)). Les deux mêmes motifs sont également ajoutés à la liste des motifs de préjugé ou de haine que le juge peut considérer comme circonstances aggravantes d'une sentence (paragraphe 718.2(a)(i)).

²⁵⁹ Compilation par nous-mêmes à partir de données publiées (Walsh et Dauvergne 2009).

²⁶⁰ <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2020001/article/00003-fra.htm#a2>

²⁶¹ <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/hc0309.pdf>

À partir de 2014, on observe une hausse marquée d'actes haineux envers des musulmans et, entre 2015 et 2016, cette hausse dépasse celle connue en 2001. En 2016, le FBI fait état de 127 attaques (« *aggravated or simple assault* », [90] comparativement à 91 en 2015 et 93 en 2001 (Kishi 2017). Les attaques ne sont pas la seule forme de crime haineux commis envers des musulmans et d'autres minorités religieuses, la plus commune étant l'intimidation, définie comme une crainte fondée de blessure physique (« *reasonable fear of bodily harm* »). En 2016, le FBI enregistre 144 cas d'intimidation de personnes musulmanes (comparativement à 120 en 2015 et 296 en 2001) et les dommages, vandalisme et destruction de biens appartenant à des musulmans, augmentent également entre 2015 et 2016 (de 70 à 92)²⁶². Lors d'une enquête par Pew Research Center au début de 2017 (2017b), 75 % des musulmans sondés déclarent être victimes de discrimination, ce que 69 % des Américains confirment. La minorité juive demeure néanmoins la victime la plus fréquente de crimes haineux à base religieuse selon le FBI (664 en 2015, 684 en 2016). Le 27 octobre 2018, à Pittsburg, par exemple, un adepte du Ku Klux Klan et de groupuscules néo-nazis tue onze fidèles dans une synagogue.

Des attaques meurtrières visent tout autant d'autres groupes minoritaires. En 2015 un jeune suprémaciste blanc tue neuf paroissiens de l'Emanuel African Methodist Episcopal Church, en Caroline du Sud. En août 2019, un suprémaciste blanc assassine 23 personnes dans un magasin Walmart à El Paso, ciblant la communauté hispanique. Pour les années 2008-2017, l'Anti-Defamation League (2018) impute 387 meurtres commis sur le sol des États-Unis, à des extrémistes, dont 71 % à des groupes d'extrême droite, 26 % à des mouvements islamistes et 3 % à des regroupements de gauche. En 2018, un témoin devant le Congrès rapporte 50 meurtres par des extrémistes de droite, dont les trois quarts (78 %) sont des suprémacistes blancs (Stevenson 2019 ; Belew 2018, chapitre 9).

²⁶² On doit ajouter à ces crimes haineux, des incidents dits haineux au nombre de 307 en 2016, en hausse de 67 % entre 2014 et 2015 et de 19 % entre 2015 et 2016 pour atteindre le nombre de 257 cette année-là.

Les statistiques sont cependant déficientes en raison de la forte non-dénonciation par les victimes ²⁶³. Pour exemple entre 2013, date de l'introduction des critères illicites de discrimination du genre et de l'identité de genre au niveau fédéral, et 2017, une étude (Oudekerk 2019 ²⁶⁴) rapporte le cas le plus extrême de non-concordance entre la réalité des victimes et les données publiées par le FBI : durant la période, environ la moitié des crimes haineux commis n'a pas été rapportée à un service de police (204,600 versus 101,900, Appendix table 1 ²⁶⁵).

²⁶³ Voir <https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf> Ce document retrace l'histoire de l'enregistrement des crimes haineux durant les années 1990 aux États-Unis.

²⁶⁴ <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcs1317pp.pdf> ;
<http://hdl.handle.net/20.500.11990/1214>. Voir aussi Weihua Li 2019.
<https://www.themarshallproject.org/2019/11/26/why-police-struggle-to-report-one-of-the-fastest-growing-hate-crimes>

²⁶⁵ <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcs1317pp.pdf>

[91]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.10.

Une contre-offensive conservatrice canadienne

L'abrogation de l'article 13 de la *LCDP* (2006-2013)

[Retour à la table des matières](#)

La décennie 2000 est aussi marquée au Canada ²⁶⁶ par une polémique sur la liberté d'expression qui fait les manchettes. Depuis 1977, l'article 13 de la *LCDP* vise à contrôler l'usage de messages téléphoniques et depuis 2001 de messages internet divulguant des propos haineux, soit « *susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris* » ²⁶⁷. Il permet des plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne contre ceux et celles qui transmettent des messages haineux

²⁶⁶ Elle est marquante à un autre titre, le gouvernement Harper démantèle, en 2006, le *Programme de contestation judiciaire* qui accorde des fonds aux minorités pour contester des lois *a priori* discriminatoires. Pour l'historique du programme, Cardinal *et al.* 2000.

²⁶⁷ Le texte de l'article 13 se lisait comme suit :

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

(2) Il demeure entendu que le paragraphe (1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais qu'il ne s'applique pas dans les cas où les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés (paragraphe ajouté en 2001).

(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1) » (*Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6).

envers les membres des groupes identifiables énumérés dans la *LCDP*. De nombreuses plaintes invoquant cet article sont portées devant le Tribunal canadien des droits de la personne durant la décennie 2000, notamment par Richard Warman, un avocat documentant la présence de groupes néo-nazis au Canada ²⁶⁸. Cependant, le Canada signe la Convention sur la cybercriminalité ²⁶⁹ en 2001 et le Protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité ²⁷⁰ du Conseil de l'Europe sur la criminalisation des actes racistes et xénophobes commis au moyen de systèmes informatiques, en 2005.

[92]

Une controverse particulière au sujet de la portée de l'article 13 prend de l'ampleur en février 2006. Le 30 septembre 2005, *Jyllands-Posten*, un des principaux quotidiens danois, publie douze caricatures du prophète Muhammad et un texte par le responsable de la section culturelle (Kaye 2009, 78) ²⁷¹ :

Modern secular society is rejected by some Muslims. They demand a special position, insisting on special consideration of their own religious feelings. It is incompatible with contemporary democracy and freedom of speech, where you must be ready to put up with insults, mockery, and ridicule [...]. [W]e are on our way to a slippery slope where no one can tell how the self-censorship will end. That is why *Morgenavisen Jyllands-Posten* has invited members of the Danish editorial cartoonists union to draw Muhammad as they see him.

²⁶⁸ Pour exemples : *Warman c Kyburz*, 2003 TCDP 18, 46 CHRR 425 ; *Warman c Kulbashian*, 2006 TCDP 11, 56 CHRR 340 ; *Warman c Winnicki*, 2006 TCDP 20, 56 CHRR 381 ; *Warman c Harrison*, 2006 TCDP 30, 58 CHRR 414 ; *Warman c Kouba*, 2006 TCDP 50 ; *Warman v Glenn Bahr and Western Canada for Us*, 2006 CHRT 52 ; *Warman c Tremaine*, 2007 TCDP 2, 59 CHRR 391 ; *Warman c Wilkinson*, 2007 TCDP 27 ; *Warman c Beaumont*, 2007 TCDP 49, 62 CHRR 261.

²⁶⁹ *Convention sur la cybercriminalité*, STE no 185. Le Canada signe la Convention le 23 novembre 2001 et la ratifie le 8 juillet 2015. Le traité est entré en vigueur au Canada le 1 novembre 2015.

²⁷⁰ Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, STE n° 189. Le Canada signe le protocole le 8 juillet 2005, il ne l'a pas encore ratifié.

²⁷¹ *Jyllands-Posten* en 2003 refuse des caricatures de Jésus les estimant trop offensantes et en février 2006 des caricatures moquant l'Holocauste. Six de celles-ci sont publiées par *Dagbladet Information* après consultation du grand rabbin de Copenhague, et trois sont reprises par *Jyllands-Posten* (Fouché, 2006).

Erza Levant, éditeur du *Western Standard* ²⁷², publie, en quarante mille exemplaires, le 13 février 2006, le texte et huit des douze caricatures parus dans *Jyllands-Posten* (CBC News 2006 ²⁷³). La publication suscite des controverses centrées sur la question : est-il permis d'offenser, d'humilier, de blesser autrui dans une société démocratique ? (Walton 2006a ²⁷⁴, Bleich et al. 2006 ; Tomlins 2015), alors que des auteurs comme L. Hansen (2011) ou C. Agius (2013) analysent l'affaire des caricatures de Mahomet dans le contexte de la lutte contre le terrorisme islamiste (« *war on terror* ») et du clash des civilisations.

En février 2006, Syed Soharwardy ²⁷⁵, président du *Conseil suprême islamique du Canada*, dépose deux plaintes, l'une, sans suite, auprès du Service de police de Calgary, l'autre auprès de la Commission des droits de la personne d'Alberta (*Alberta Human Rights and Citizenship Commission*) (Bonnell 2008b). Selon lui, la [93] reproduction des caricatures rend la vie dangereuse pour les musulmans et doit être interdite (Walton 2006b). Erza Levant, l'intimé, s'explique (Bonnell 2008b ²⁷⁶) : « *A secular government bureaucracy has essentially been hijacked by a radical Muslim imam. It is being used to further his fatwa against the cartoons [...] My freedom to publish a cartoon that some radical imam does not like, well that's the free West for ya* ». Il argumente aussi que la Commission outrepassa sa juridiction en acceptant la plainte, et viole sa liberté d'expression. En février 2008, S. Soharwardy (2008) retire sa plainte devant la *Alberta Human Rights and Citizenship Commission* et explique sa position ²⁷⁷ :

²⁷² Le journal est lancé en mars 2004 par Ezra Levant, un avocat et un ancien militant du Parti réformiste du Canada et de l'Alliance canadienne, il remplace le magazine *Alberta Report*. Il cesse d'être publié en 2007 et est relancé en 2019 en format digital. Voir *Western Standard*, About us. <https://www.westernstandard.news/site/about.html>

²⁷³ <https://www.cbc.ca/news/canada/western-canadian-magazine-publishes-muhammad-cartoons-1.591923>

²⁷⁴ Le premier ministre du Canada, Stephen Harper, et le ministre de la Défense nationale expriment publiquement leur désapprobation de la publication des caricatures (Walton 2006). <https://www.theglobeandmail.com/news/national/harper-defends-free-speech-but-regrets-cartoons-publication/article703329/>

²⁷⁵ Allama Syed Badiuddin Soharwardy, né en Inde, est un ulema sunnite et le chef d'un ordre soufi. En 2006, il préside le conseil d'une mosquée de Calgary, Al-Madinah, et le Conseil suprême islamique du Canada (*Islamic Supreme Council of Canada*) qu'il a fondé en 2000. En janvier 1998, il a également fondé *Muslims Against Terrorism* et en mars 2015, il publie une fatwa contre ISIS (*Islamic State of Iraq and the Levant*), pour propos violant le texte du Coran (CBC News 2015).

²⁷⁶ <https://www.pressreader.com/canada/national-post-latest-edition/20080112/281706905356683>

²⁷⁷ <https://www.theglobeandmail.com/news/national/why-im-withdrawing-my-human-rights-complaint-against-ezra-levant/article18444701/>

The reprinting of the cartoons wasn't about free speech. The originals are readily available on the Internet for any who wish to see them. The reprinting seems aimed more at forcing people who are deeply unhappy about the cartoons to be faced with them again. This is hurtful to many in the Muslim community and can create ill will between Muslims and non-Muslims. (Interestingly, other Canadian magazines and newspapers, including *The Globe and Mail*, came to the same conclusion). I therefore filed a complaint with the Alberta Human Rights and Citizenship Commission [...] I was unaware of the ongoing debate about whether such commissions should have narrower or broader mandates [...]. Subsequent discussions with several Muslim leaders, and more particularly with some of my Christian and Jewish friends, have led me to conclude that my complaint was beyond what I now believe should be the mandate of such a commission. I now am of the view that this matter should have been handled in the court of public opinion.

Le 20 octobre 2006 Mark Steyn publie dans *Maclean's* et sur la toile (2006a), *The future belongs to Islam* extrait de son livre *America Alone : The End of the World as We Know it* (2006b). Un texte sur la jaquette du livre décrit l'avenir :

Bientôt, vous pourriez vous faire réveiller par l'appel à la prière du muezzin. C'est déjà le cas en Europe. Et les esprits libéraux vous diront que « la diversité, c'est notre force » pendant que les autorités talibanesques traversent Greenwich Village et brûlent des livres et des salons de barbiers, que la Cour suprême décrète que la charia ne viole pas le principe de la séparation de l'église et de l'État, et que la gauche de Hollywood troque le combat pour les droits des homosexuels en faveur de celui, plus sécuritaire, de la polygamie (Notre traduction).

[94]

En 2007, les Commissions des droits de la personne du Canada et de l'Ontario et le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique reçoivent une plainte du *Canadian Islamic Congress* pour exposition des musulmans à la haine et au mépris par l'article de M. Steyn. En 2008, les plaintes sont rejetées dans les trois cas. La commission ontarienne se déclare incompétente et la CCDP (2009, 33) établit que les propos en cause sont « *forts, colorés, choisis pour provoquer des discussions et susceptibles de nourrir la polémique mais qu'ils ne dépassent pas la limite fixée par la Cour suprême concernant la haine et le mépris* »²⁷⁸. À la suite

²⁷⁸ Voir Ontario Human Rights' Commission 2008. http://www.ohrc.on.ca/en/news_centre/commission-statement-concerning-issues-raised-complaints-against-macleans-magazine ; *Elmasry and Habib v. Roger's Publishing and MacQueen* (no 4), 2008 BCHRT 378, 64 CHRR 509.

d'une audition, le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique rejette la plainte ²⁷⁹.

Malgré ces rejets, les commissions sont critiquées pour avoir accepté la plainte et la dispute s'amplifie soutenue par des groupes chrétiens fondamentalistes et des partisans d'une protection stricte de la liberté d'expression. Sont en cause le rôle des commissions des droits de la personne en matière de propos haineux. Le fait qu'elles puissent recevoir et accepter des plaintes contre des médias de grand public est particulièrement critiqué comme contraire à la liberté de la presse protégée par l'article 2b de *la Charte canadienne* (Commission canadienne des droits de la personne 2009, 34). Jason Kenney commente (Ditchburn 2007) : « *Le fait d'attaquer les opinions exprimées par un chroniqueur dans un grand magazine est une attaque audacieuse contre les valeurs canadiennes fondamentales de la liberté de la presse et la liberté d'expression* ».

Selon Keith Bonnell (2008a), la dispute est provoquée par un regroupement de conservateurs sociaux, de défenseurs des libertés civiles, de médias et de groupes d'extrême droite, alléguant que les remparts contre les discours haineux violent la liberté d'expression : « *Conservative pundits and a growing number of major media outlets have turned on the commissions, saying they risk becoming kangaroo courts where special interest groups can bully the media and jeopardize Canadians' freedom of speech* ».

La critique de l'article 13 est essentiellement à deux volets. Sa définition de messages discriminatoires susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris est vague et permet la censure de propos simplement offensants. Contrairement aux dispositions 318(3) et 319 (6) du *Code criminel*, l'article ne requiert pas de preuve [95] d'une intention de haine ²⁸⁰. La CSC a traité de ces critiques dans l'arrêt *Taylor* en 1990 et les a rejetées ²⁸¹ :

²⁷⁹ <https://www.canlii.org/en/bc/bchrt/doc/2008/2008bchrt378/2008bchrt378.html?autocompleteStr=2008%20BCHRT%20378%20&autocompletePos=1>

²⁸⁰ Voir les critiques rapportées dans Agarwal (2011).

²⁸¹ Arrêt *Taylor*, p. 938-939.

Comme l'examen qui précède l'indique, la liberté d'expression n'est pas inutilement limitée en vertu du par. 13(1) de la Loi canadienne sur les [page 939] droits de la personne. Le libellé du paragraphe, et surtout l'expression "à la haine [ou] au mépris" sont assez précis et restrictifs pour limiter son effet aux activités d'expression qui sont contraires à l'objectif poursuivi par le législateur de favoriser l'égalité et la tolérance dans la société. L'absence de disposition qui soulignerait l'importance de restreindre le moins possible la liberté d'expression ne donne pas au par. 13(1) une portée trop générale ou trop étendue, parce que son objectif et le souci traditionnel de la common law de protéger les activités d'expression permettent de l'interpréter d'une manière qui respecte cette importante liberté.

S'il est vrai que l'absence de l'exigence d'intention en vertu du par. 13(1) peut lui donner une portée plus grande que la disposition de droit pénal dont la validité est confirmée dans l'arrêt *Keegstra*, cette distinction est rendue nécessaire par l'important objectif de la Loi canadienne sur les droits de la personne d'éliminer la discrimination systémique. De plus, l'intention n'est certainement pas dénuée de pertinence quand on impose des peines d'emprisonnement à une personne par le biais d'une ordonnance pour outrage au tribunal, car la conscience de l'effet probable des messages est une condition à la délivrance d'une ordonnance par la Cour fédérale. On peut en affirmer autant au sujet de l'absence de moyens de défense autorisés par la Loi, bien que, comme je l'ai déjà mentionné, il soit concevable que tout l'arsenal des moyens de défense ne soit pas constitutionnellement requis même dans le cas d'une disposition criminelle. Enfin, en insistant sur la répétition des messages téléphoniques, le par. 13(1) vise la dissémination publique et de grande envergure de la propagande haineuse, soit le type même d'utilisation du téléphone qui menace le plus la réalisation de l'objet admirable de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

Les défenseurs du libre jeu des idées dans la sphère publique poursuivent néanmoins la dispute. Selon eux, l'article 13 est une disposition anti-haine excessive et restreignant les droits individuels, et les commissions ne sauraient être des bureaux de la censure. Ils répéteront ces trois critiques au long des années 2006-2013.

Le débat gagne le Québec où *Le Devoir* témoigne d'un intérêt pour la dimension éthique de la publication des caricatures et du respect des croyances ²⁸², alors que *Point de Bascule* (2007), site ouvertement islamophobe, participe de [96] l'attaque contre les commissions ²⁸³. Le 7 décembre 2007 le site présente les propos d'un chroniqueur anglophone, Andrew Coyne, dans le magazine *Macleans's* (Coyne 2007) ²⁸⁴ :

²⁸² Nevert 2013, 195.

²⁸³ <https://pointdebasculecanada.ca/letat-est-un-outil-de-censure-et-un-partenaire-dans-la-campagne-du-congres-islamique-du-canada-contre-macleans/>.

²⁸⁴ <https://archive.macleans.ca/article/2007/12/17/got-a-complaint-call-1-800-human-rights>

Non content de véhiculer partout des charges incendiaires de partialité religieuse, le CIC [Canadian Islamic Congress] a enrôlé le pouvoir de la loi au service de sa cause. De plus, il le fait non pas à travers les moyens légaux traditionnels par lesquels la liberté d'expression peut être limitée, ni avec les exigences juridiques normales d'équité procédurale, mais à travers un mécanisme nouveau : la Commission des droits de la personne. Le CIC a déposé une plainte devant trois commissions [...]. Il y a deux ans, le président d'une autre organisation musulmane, le Islamic Supreme Council of Canada, a déposé une plainte similaire contre le magazine *Western Standard* devant la Commission des droits de la personne et de la citoyenneté de l'Alberta. [...]

Que le CIC et les autres membres agréés de l'Association des Offensés Perpétuels cherchent à exprimer leur révolte par de tels moyens n'est pas surprenant. Il y a un bon nombre d'individus dans ce pays qui semblent n'avoir aucune idée de ce que signifie la liberté d'expression, ou des raisons pour lesquelles elle a été inventée. Ce qui est ahurissant c'est que plusieurs d'entre eux sont à l'emploi de commissions des droits de la personne (traduction par Point de Bascule).

En janvier 2008, un député des Communes parraine une motion en vue d'abroger l'article 13, sans effet²⁸⁵, en février 2008, S. Soharwardy retire sa plainte devant la *Alberta Human Rights and Citizenship Commission* et en juin 2008 la CCDP décide d'une revue des dispositions sur les propos haineux sur la toile par elle-même et par Richard Moon. Selon R. Moon (2008a, 34), vu leur fonction de médiation et de compensation des victimes et non de censure et de sanction, les commissions et les tribunaux de droits de la personne ne doivent pas avoir juridiction sur les propos haineux. Vu leur vocation de lutter contre les discriminations et de promotion de l'égalité sociale, « *there is a perception that the scope of section 13 is broader that it extends to offensive speech or speech that injures a group's social standing* » (Moon 2008a, 38)²⁸⁶. R. Moon recommande l'abrogation de l'article 13 et la criminalisation uniquement de propos contenant des menaces ou prônant, justifiant ou encourageant la violence envers des membres des groupes identifiables. [97] Quant à la CCDP, elle propose des modifications à l'article 13 affirmant qu'il constitue un complément au *Code criminel* dans la lutte contre la haine et un mode de promotion de la tolérance (Commission canadienne des droits de la personne 2009a).

²⁸⁵ Chambre des Communes, Feuilleton des avis, 39^e lég, 2^e sess., n^o 41 (31 janvier 2008), motion M-446. <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/39-2/chambre/seance-41/feuilleton-avis/page-11>

²⁸⁶ Version française : « certains estiment que la portée de l'article 13 est plus large et que cette disposition couvre le discours offensant ou celui qui nuit à la position sociale d'un groupe ».

En mars 2009, la maison d'édition McClelland & Stewart publie un ouvrage d'Ezra Levant, *Shakedown : how our government is undermining democracy in the name of human rights*, qui reproduit les critiques des Commissions et demande l'annulation de l'article 13. C'est un succès de librairie (Walker 2018, 15). Le 2 septembre 2009, le TCDP décide que l'article 13 viole la liberté d'expression en prévoyant des amendes aux propos haineux, et qu'il ne s'agit pas d'une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte. Il refuse d'appliquer l'article 13 ²⁸⁷. En octobre 2009 le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des Communes entreprend l'étude de l'article 13 et entend Mark Steyn, Erza Levant et la CCDP (Walker 2018, note 79). M. Steyn déclare ²⁸⁸ :

Ian Fine, avocat général principal de la CCDP, a déclaré que la commission est déterminée à éradiquer la haine. Pas les crimes ou les propos haineux, mais la haine elle-même. La haine est une émotion humaine. Elle est présente, à différents degrés, chez tous les humains. Elle fait partie de la nature humaine [...] Haïr, c'est être libre. Autrement, nous serons soumis à une bureaucratie gouvernementale coercitive qui contrôlera ce que chacun peut dire.

[...]

[L]e libellé de l'article 13 est épouvantable. Les mots clés, là-dedans, c'est « susceptible d'exposer à la haine ou au mépris ». Ce n'est pas un concept juridique [...] [N]ous avons non seulement besoin d'une enquête sur la conduite de la commission, mais aussi de l'abolition de l'article 13, qui est si mal libellé que des employés ambitieux et opportunistes de la commission ont pu allègrement abuser de l'interprétation donnée par la Cour suprême.

Le débat sur l'article 13 se poursuit. En février 2011 le Parti conservateur soumet un projet de loi sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle qui crée deux infractions : diffusion en ligne de matériel haineux et création d'un hyperlien menant à des sites haineux ²⁸⁹, et le député conservateur Brian Storseth pilote le projet de loi C-304 supprimant l'article 13 ²⁹⁰. Le 25 juin 2013, devant le Comité sénatorial [98]

²⁸⁷ *Warman c Lemire*, 2009 TCDP 26.

²⁸⁸ Mark Steyn, Réunion du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 40^e lég., 2^e sess., no. 36, (5 octobre 2009), p.4-5.
<https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/40-2/JUST/reunion-36/temoignages>

²⁸⁹ Le projet de loi sera adopté en décembre 2017, voir ci-après.

²⁹⁰ Projet de loi C-304, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*, 41^e lég., 1^{re} sess.

permanent des droits de la personne ²⁹¹, il affirme que le *Code criminel* est l'outil à favoriser, critique la légitimité du Tribunal des droits de la personne, invoque les droits procéduraux et prône la protection de la liberté d'expression. En entrevue avec *Le Devoir* (Buzetti 2013) ²⁹², il explique que le libellé de l'article 13 est trop flou, qu'un plaignant n'a pas à prouver qu'un tort tangible lui a été causé et qu'« *il est dangereux de limiter la liberté d'expression sans l'accompagner d'un critère de tort* ».

L'Association canadienne des libertés civiles (Cara Zwibel) partage cette vision. Selon elle, les plaintes sont trop faciles à déposer et le critère « *d'exposition à la haine* » est « *subjectif* » et réfère à « *une émotion et non à une action tangible* » (Buzetti 2013). Quant à R. Moon, il avise le Comité que les propos diffamants, méprisants, stéréotypés, sont si répandus que leur interdiction est quasi impossible. Il réitère sa recommandation d'un recours plus fréquent à l'article 320.1 du *Code criminel* tout en s'interrogeant sur la propension des procureurs à ne pas donner suite aux plaintes. Il suggère enfin des modes de répression stricte des propos haineux, comme le délit de négationnisme en France.

S'opposent au projet de loi, Néo-démocrates, Libéraux, Bloquistes, Verts et le Barreau canadien, lequel estime que dans le *Code criminel* le seuil de recevabilité des accusations est trop élevé, qu'il est aussi extrêmement difficile d'obtenir une condamnation étant requis une incitation à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix ou la fomentation volontaire de la haine (Buzetti 2013). Jane Bailey (Faculté de droit, Université d'Ottawa), Jo-Ann R. Kolmes (Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes) et Kathleen E. Mahoney (Faculté de droit, Université de Calgary), également opposées au projet de loi, témoignent et rappellent que les femmes et les personnes handicapées ne sont pas protégées contre les actes haineux par le *Code criminel*, et que ce code est inefficace pour réprimer les crimes haineux vu la lourdeur de la preuve à fournir. K. E. Mahoney estime que la législation canadienne en la matière est « *franchement dépassée* » face à la croissance des messages haineux sur internet et qu'elle devrait être renforcée ²⁹³.

Comparaissant devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne des Communes, l'organisation B'nai Brith rappelle que, pour sa part, si elle a

²⁹¹ Brian Storseth, Délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne, 41^e lég., 1^{re} sess., Fascicule 29 (25 juin 2013).

<https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/411/RIDR/29EV-50261-F>

²⁹² <https://www.ledevoir.com/politique/canada/381995/la-liberte-d-expression-va-t-elle-jusqu-a-la-liberte-de-hair>

²⁹³ Kathleen E. Mahoney, Délibérations du Comité sénatorial permanent des Droits de la personne, 41^e lég., 1^{re} sess., Fascicule 29 (25 juin 2013), en ligne : <https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/411/RIDR/29EV-50261-F>

fait campagne activement pour conserver l'article 13 par le passé, elle a changé de [99] position. Son vice-président exécutif, Frank Dimant, explique cette nouvelle position (Walker 2018, 15) :

B'nai Brith Canada s'est servi au fil des ans de l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne comme moyen pour combattre l'expression haineuse [...] Toutefois, comme organisation progressiste de défense des droits de la personne, nous reconnaissons que cet article est souvent utilisé à tort et cause beaucoup de difficultés à différentes personnes. Par conséquent, nous appuyons pour le moment l'abrogation de l'article 13.

Je tiens à vous dire clairement que ce n'est pas de gaieté de cœur que nous en sommes venus à cette décision. Toutefois [...] à moins de mettre en place d'autres mesures de protection, cette abrogation nuira à la lutte de la population canadienne contre ceux qui incitent à la haine.

Le 26 juin 2013 l'article 13 de la *LCDP* est abrogé afin d'assurer qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne*²⁹⁴. Le texte accorde un délai d'un an avant l'annulation de l'article 13 afin de renforcer les articles 318 à 320 du *Code criminel* et de combler le vide créé. La portée de l'article 13 quant aux discours comme aux moyens visés rendait son déclenchement relativement facile dans un contexte civil. Son abrogation marque un retour aux interdictions ciblées, prévues au *Code criminel*.

La victimisation, une illusion. La *Loi 59*, Québec, 2014-2016

Le débat sur le rôle des Commissions des droits de la personne dans la sanction des crimes haineux se transporte au Québec en décembre 2014 à la suite du dépôt d'un mémoire sur la lutte contre l'intimidation et la liberté d'expression par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après CDPDJ) dans le cadre d'un Forum sur la lutte contre l'intimidation. La CDPDJ propose l'ajout d'une disposition à la *Charte québécoise*²⁹⁵ en vue d'interdire les propos et actes qui exposent à la haine, pour un motif de discrimination interdit, et

²⁹⁴ Le législateur abroge la disposition en 2013 (*Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)* (L.C. 2013, ch. 37). La Cour fédérale d'appel en 2014 statue que la disposition n'est pas inconstitutionnelle (*Warman c Lemire*, 2014 CAF 18).

²⁹⁵ L.R.Q., c. C-12.

de pouvoir faire enquête en matière de communications publiques, telles celles d'information, artistiques ou littéraires, contenant des propos haineux. Sa compétence est en effet limitée aux propos compromettant le droit à la dignité, l'honneur et la réputation d'une personne identifiable selon l'article 4 de la *Charte québécoise*. Elle ne peut pas, par exemple, traiter une plainte pour propos haineux d'un groupe ou d'un site internet (CDPDJ 2014).

[100]

Le 10 juin 2015 le projet de Loi n 59 titré *Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes* (Assemblée nationale du Québec ²⁹⁶), est déposé. Il prévoit l'interdiction de tenir ou de diffuser publiquement des discours haineux ou des discours incitant à la violence qui visent un groupe de personnes protégé contre la discrimination par l'article 10 de la *Charte québécoise*, ainsi qu'une modification pour permettre l'interdiction de la tenue ou de la diffusion de discours haineux à l'égard d'une personne en particulier. Il inclut une procédure de dénonciation des commettants auprès de la CDPDJ et des mesures de protection des personnes dénonciatrices. Il accorde à la Commission un pouvoir d'enquête et confie de nouvelles responsabilités au Tribunal des droits de la personne, dont celle de déterminer si une personne a tenu ou diffusé un tel discours, et le cas échéant, de fixer le montant d'une sanction pécuniaire et d'inscrire le nom de la personne, pour une durée déterminée par le tribunal, sur une liste tenue par la Commission et accessible sur internet.

S'ensuit une consultation publique à l'été 2015 à laquelle participent notamment des organismes défenseurs des droits des LBGT et des femmes, un organisme juif et nombre d'organismes musulmans ou arabes dont les positions sur le projet de loi s'opposent (Assemblée nationale du Québec ²⁹⁷). Dans son mémoire rendu

²⁹⁶ Projet de loi 59, titré *Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*, 1^{re} sess., 41^e lég., Québec, 2015. <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-59-41-1.html>

²⁹⁷ Assemblée nationale du Québec, Commission des institutions, Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 59, *Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*, 41^e lég., 1^{re} sess., 2015. <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-59-41-1.html?appelant=MC>). Les participants sont : Association des musulmans et des Arabes pour la laïcité au Québec (AMAL-Québec), Organisme de communication pour l'ouverture et le rapprochement interculturel (COR), Forum musulman canadien (FMC), Conseil canadien des femmes musulmanes (CCMW), Conseil musulman de Montréal (CMM), Association québécoise des Nord-Africains pour la laïcité (AQNAL), Association canadienne des

public en 2015, la CDPDJ recommande l'introduction dans le projet de loi de nouveaux critères pour lutter contre les discours haineux, dont ceux établis en droit international, i.e. les Principes de Camden sur la liberté d'expression et l'égalité (Free World Center 2009). Pour identifier un discours haineux, ces principes [101] prennent en compte les contexte, auteur, contenu, étendue et ampleur de l'expression, et l'intention d'inciter à la violence, la discrimination ou l'hostilité.

La CDPDJ (2015, 10-13) consacre plusieurs pages de son mémoire aux effets des nouvelles technologies de l'information et cite divers rapports internationaux constatant que l'internet est devenu le véhicule principal des groupes racistes et xénophobes. J. Frémont, président de la CDPDJ, expose le propos de la Commission lors de sa comparution (Assemblée nationale du Québec 2015 ²⁹⁸) :

[À] l'automne 2014, la Commission [...] avait recommandé, et je cite, « d'entreprendre des démarches afin d'introduire, dans la charte [québécoise], une disposition qui interdise les propos ou actes qui exposent ou tendent à exposer des personnes ou des catégories de personnes à la haine par quelque moyen que ce soit pour un motif de discrimination interdit ». [...] La commission souhaitait ainsi que ces types de propos ou actes soient reconnus comme constituant des formes de discrimination lorsque ceux-ci sont dirigés contre les membres d'un groupe protégé par la charte. [...]

La commission constate que le gouvernement a choisi une autre approche en proposant une loi spécifique qui prévoit des sanctions qui s'apparentent à des infractions pénales.

avocats musulmans (ACAM), Collectif québécois contre l'islamophobie (CQCI), Centre consultatif des relations juives et israéliennes (CERJI), Fondation Émergence (LGBTQ+), Line Chamberland (Chaire de recherche sur l'homophobie de l'Université du Québec à Montréal), Conseil québécois LGBT, Le Groupe régional d'intervention sociale de Québec (LGBTQ+), Table ronde du Mois de l'histoire des Noirs, Association canadienne des libertés civiles, Point de bascule, Conseil du statut de la femme (CSF), Rassemblement pour la laïcité (RPL), Mouvement laïque québécois (MLQ), Pour les droits des femmes du Québec (PDF Québec).

²⁹⁸ Assemblée nationale, Journal des débats, Commission permanente des institutions, 41^e lég., 1^{re} sess., Vol. 44, no 52 (15 septembre 2015), p. 23-24.

L'éventuelle nouvelle compétence de la CDPDJ de pouvoir sanctionner des propos haineux envers un groupe identifiable rencontre une forte opposition lors des consultations durant l'été 2015. L'opposition est menée au nom de la liberté d'expression, d'un faible nombre de propos haineux au Québec et d'un dévoiement de fonds publics, alors que les programmes sociaux sont en péril et la laïcisation de l'État urgente ²⁹⁹.

Les propos de Julius Grey et Julie Latour (2016), deux avocats, illustrent la teneur de cette opposition :

Une chape de plomb de plus en plus suffocante s'abat sur la liberté d'expression au Québec, alimentée par une rectitude politique tentaculaire, qui trouve elle-même sa source dans une mentalité victimaire croissante.

[...] Comme l'a écrit en 1994 le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire Montréal (Ville) c. Cabaret Sex Appeal inc. : « Une société libre et démocratique comme la nôtre doit nécessairement faire preuve d'un haut degré de tolérance pour l'expression de pensées, d'opinions, d'attitudes [102] ou d'actions », y compris celles qui « peuvent être dérangeantes, choquantes ou même blessantes pour certaines personnes ou pour certains groupes ».

Le projet de loi 59 participe d'une rectitude politique dangereuse, issue de l'idéologie de multiculturalisme canadien, que le Québec n'a jamais adoptée. Et Malgré son adhésion au multiculturalisme, le législateur fédéral a abrogé, en juin 2013, l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, relié au discours haineux, avec l'adoption de la loi C-304. [...]

La volonté de policer le débat public auquel aspire le projet de loi 59 participe d'une vision désincarnée de la société et semble vouloir occulter le fait que la démocratie est le théâtre des passions.

Me Julie Latour argumente devant l'Assemblée nationale ³⁰⁰ :

À notre avis, il n'y a aucune nécessité pour cette loi. On ne sait pas contre quel péril inexistant on veut nous protéger, et donc le danger, c'est que la législation fasse boomerang à moyen terme [...] Et, en cette ère d'austérité économique étatique où d'importants programmes sociaux sont supprimés ou ont été significativement réduits, l'idée que des deniers publics soient investis pour que la Commission des droits de la personne se dote d'une brigade d'effectifs pour recevoir des dénonciations anonymes avant même la diffu-

²⁹⁹ Assemblée nationale, Journal des débats, Commission permanente des institutions, 41^e lég., 1^{re} sess., Vol. 44, no.45 (17 août 2015), p. 12-13 (Julie Latour).

³⁰⁰ Assemblée nationale, Journal des débats, Commission permanente des institutions, 41^e lég., 1^{re} sess., Vol. 44, no. 45 (17 août 2015), à la p. 12-13 (Julie Latour).

sion d'un supposé discours, pour créer un comité des dénonciations et tenir une liste à jour sur son site Internet des personnes soi-disant coupables qui auraient été condamnées en vertu de cette législation civile, donc ces mesures nous apparaissent totalement irréciliables avec les assises d'une société libre et démocratique.

[...]

C'est la quatrième tentative depuis 1994 de la Commission des droits de la personne de voir le discours haineux être inclus au sein de la charte ou de voir une législation civile à cet effet. Or, depuis 1994, est-ce qu'il y a un mal accru en ce domaine ? Aucunement. [...]

Donc, nous estimons qu'on utilise un canon juridique pour tuer une mouche hypothétique.

Le projet de loi est adopté le 8 juin 2016, tronqué des dispositions relatives aux discours haineux, refusées à l'unanimité ³⁰¹, et son titre est modifié pour *Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes* ³⁰².

[103]

Alors que les statistiques officielles montrent une constance, sinon une hausse, des crimes haineux au Québec, les causes initiées dans le cadre du *Code criminel* demeurent très peu nombreuses dans la province, comme ailleurs au Canada. En 2019, on compte neuf causes depuis les années 1990. En 2019, Valentin Auclair, 39 ans, un résident de Granby, est accusé d'incitation à la haine et de préconiser le génocide de plusieurs groupes minoritaires sur un site russe. Il plaide coupable d'incitation à la haine et est condamné à sept mois et demi de prison ³⁰³. La même année, M. André Audet, un résident de Boucherville, est accusé d'incitation publique à la haine et de fomentation volontaire de la haine envers un groupe identifiable. Sous divers pseudonymes il a posté sur des sites internet, une centaine de publications haineuses, incité à la mort du Premier ministre Justin Trudeau et encouragé l'éradication des musulmans. Une enquête s'ensuit, ainsi qu'une saisie à son domicile d'appareils électroniques et, en juillet 2020, la GRC accuse M. Audet

³⁰¹ Assemblée nationale, *Procès-verbal*, 41^e lég., 1^e sess., no. 176 (25 mai 2016), p. 2322-2324.

³⁰² L.Q. 2016, c. 12.

³⁰³ <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1710647/valentin-auclair-incitation-haine-granby?depuisRecherche=true> - <https://www.lavoixdelest.ca/2020/06/09/incitation-a-la-haine-raciale-la-cour-interdit-les-reseaux-sociaux-a-un-homme-de-granby-be13eaf11aa9851f14518a470c95476c>

d'encouragement au génocide et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire (Duchaine 2020) ³⁰⁴.

³⁰⁴ <https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/2020-07-13/un-quebecois-accuse-d-encouragement-au-genocide.php>

[103]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.11.

L'arrêt *Whatcott*: ou les effets de la haine, 2013

[Retour à la table des matières](#)

À l'égal des opposants canadiens à une restriction des propos haineux, des universitaires américains et britanniques avancent l'argument de l'impossible définition des notions de « *discours haineux* » et de « *haine* » qui sont à leurs yeux, polymorphes, imprécises. De plus, la haine étant une émotion ou un trait de personnalité, elle ne peut guère être contrôlée. Alexander Brown ³⁰⁵ est l'un des plus prolifiques des auteurs traitant de la définition de la haine (« *hatred* »). En 2015, il publie *Hate Speech Law : A Philosophical Examination* et, en 2017 (a, b), deux longs articles. Dans ces derniers textes, il retrace la terminologie non juridique, « *ordinaire* », des termes de haine et de discours haineux, montrant la diversité de leur sens, que l'on parle de diffamation de groupes, de stéréotypes négatifs, d'insultes, de termes dérogatoires, d'incitation à la haine ou de discrimination.

A. Brown réfute néanmoins l'idée qu'émotions et sentiments de haine constituent des obstacles au contrôle des propos haineux : « *it would be unsound to reject hate speech laws on the premise that they are effectively in the business of [104] criminalising emotions, feelings, or attitudes of hate or hatred* » (Brown 2017b, 561). Il propose une définition du discours haineux comme un « *family resemblances concept* » (594) et « *an heterogenous collection of phenomena* » (610) impossibles à cerner, à réduire à un sens et recouvrant une multitude de notions « *ordinaires* », courantes de la haine. Par cette démonstration, il veut mettre en évidence les limites de la définition juridique, technique, du discours haineux mais sans avancer une nouvelle définition (Brown 2017c, 609) :

³⁰⁵ Alexander Brown est professeur de théorie juridique et politique (Political and Legal Theory) à l'Université de East Anglia (East Anglia University), au Royaume Uni.

if people (like me) who acknowledge the problem of hate speech and believe that at least some hate speech laws can be warranted all things considered (even if this means some compromise of principles) begin to argue for societies to drop all usage of the term 'hate speech' just at the moment the concept is gaining popular understanding, then it could be a case of 'be careful of what you wish for'. If hate speech is a problem that we have an obligation to do something about, then we need some term or other to refer to it, to provide a focal point for campaigners and pressure groups, and to give legislators something to wrap their heads around. If we lose the term 'hate speech', it might give the false impression that there is no problem, and the impetus to do something about it could be lost. So, we carry on with the term 'hate speech' whilst at the same time being mindful of its limitations.

La démonstration tourne court, car l'enjeu de tout débat sur des propos haineux est leur contrôle, lequel suppose de réduire cette polysémie du terme « *haine* », comme la CSC l'a illustré dans sa trilogie des arrêts de 1990 et dans un arrêt qui constitue depuis 2013 la référence du traitement de tels actes au Canada.

L'arrêt *Whatcott* en 2013 est un jalon dans l'histoire canadienne du statut socio-juridique des actes haineux envers les personnes protégées contre la discrimination. Il survient après ces années de polémique et d'offensive conservatrices visant à limiter les possibilités de plainte lors d'expression haineuse et à implanter au Canada une vision absolutiste qui ne permettrait de limiter la liberté d'expression qu'en cas de danger extrême et définissable, comme dans la majorité des arrêts de la Cour US.

Le 27 février 2013, avec l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott* ³⁰⁶ (ci-après arrêt *Whatcott*), la CSC consolide la constitutionnalité des dispositions qui interdisent la publication de propos haineux dans les lois sur les droits de la personne au titre de leur caractère discriminatoire pour un motif interdit. Par cette décision, la CSC semble avoir atteint un consensus quant aux objectifs des dispositions existantes et à une définition de la haine. Elle reprend les piliers de la [105] doctrine qu'elle a avancée dans l'arrêt *Taylor* ³⁰⁷ : respect de la dignité, principe d'égalité, protection de la paix sociale, prise en compte du contexte et des effets des propos haineux, et une définition restrictive de la haine, où les sentiments visés sont exceptionnellement profonds.

Dans cette affaire, la CSC doit se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 14(1)(b) de la *Saskatchewan Human Rights Code* (SHRC) qui, comme l'article 13 de la *LDCP*, vise la diffusion des propos haineux. L'article 14 de la SHRC prescrit (selon la traduction de la CSC dans l'arrêt *Whatcott*) :

³⁰⁶ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

³⁰⁷ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

14. (1) Nul ne doit publier ou exposer, ni permettre ni faire en sorte que soit publié ou exposé, sur un terrain ou dans un bâtiment, ou dans un journal, par une station de télévision ou de radiodiffusion ou par tout moyen de diffusion, ou dans tout document imprimé ou publication ou par tout autre moyen que la personne possède, dirige, distribue ou vend, une représentation, que ce soit un avis, une affiche, un symbole, un emblème, un article, une déclaration ou toute autre représentation, qui :

(a) pour un motif de distinction illicite, tend ou est susceptible de tendre à priver, diminuer ou autrement restreindre, la jouissance, par toute personne ou catégorie de personnes, des droits qui lui sont reconnus par la loi ;

(b) pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité (nous soulignons).

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de restreindre le droit à la liberté d'expression reconnu par la loi sur quelque sujet que ce soit.

En première instance, William Whatcott est reconnu coupable de l'infraction susdite en lien avec quatre tracts homophobes, dont deux seront retenus par la CSC comme constituant des propos haineux prohibés. Il plaide l'inconstitutionnalité de l'article 14(1)(b) SHRC, invoquant la liberté de religion en vertu de l'article 2(a) de la *Charte canadienne* et la liberté d'expression en vertu de l'article 2(b). M. Whatcott conteste aussi la définition de la haine dans l'arrêt *Taylor*, laquelle serait subjective pour trois raisons : elle ne permet pas d'éviter l'arbitraire, se base sur un concept vague et émotif (la haine) et porte atteinte à la liberté d'expression de manière irrationnelle et sans respecter les objectifs visés par la loi. Il avance également que la définition de la haine dans l'arrêt *Taylor* a une portée excessive.

[106]

Les juges retiennent les critiques sur la subjectivité de la notion de haine et sur les effets de l'expression des propos haineux. La subjectivité ne saurait être invoquée puisqu'il s'agit d'une constante de tout système juridique administré par des êtres humains. Elle doit cependant être encadrée par des « *critères objectifs* », i.e. le jugement d'une personne raisonnable ³⁰⁸. Quant à la portée de l'arrêt *Taylor*, le juge Rothstein rappelle « *la tendance erronée à mettre l'accent sur les idées exprimées plutôt que sur l'effet de leur expression* » ³⁰⁹. Il cite également des lignes

³⁰⁸ La Cour dit : « une personne raisonnable informée des circonstances et du contexte en cause considère que la représentation expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la détestation et à la diffamation pour un motif de distinction illicite » (Arrêt Whatcott, para. 95).

³⁰⁹ Arrêt *Whatcott*, para. 31.

du juge en chef Dickson dans l'arrêt Taylor (para. 54) selon lesquelles l'objectif des codes de droits humains est de « *prévenir des effets discriminatoires plutôt que de punir et de stigmatiser les personnes qui pratiquent la discrimination* ».

Dans l'arrêt *Whatcott*, la CSC rappelle que la législation prohibant les propos haineux n'interdit pas l'expression de propos offensants mais seulement de propos exposant à la haine. Elle précise les lignes à suivre pour juger de limites à l'expression haineuse et modifie la définition de la haine donnée dans l'arrêt *Taylor* (arrêt *Whatcott*, para. 55-58) :

[55] [L]a définition du terme « haine » proposée dans Taylor, à quelques modifications près, offre une méthode pratique pour interpréter le mot « haine » pour l'application des dispositions interdisant les propos haineux. La démarche établie dans l'arrêt Taylor devrait permettre de réduire le risque d'application subjective des interdictions légales, à condition que les trois principales lignes directrices ici exposées soient suivies.

[56] Premièrement, les tribunaux judiciaires doivent appliquer de manière objective les dispositions interdisant les propos haineux... La question à laquelle le tribunal est appelé à répondre est de savoir si une personne raisonnable, informée du contexte et des circonstances dans lesquels les propos ont été tenus estimerait que ces derniers exposent le groupe protégé à la haine.

[57] Deuxièmement, les termes « haine » et « mépris » qui figurent dans la disposition ne s'entendent que des manifestations extrêmes de l'émotion à laquelle renvoient les termes « détestation » et « diffamation ». Ainsi sont écartés les propos qui, bien que répugnants et offensants, n'incitent pas à l'exécration, au dénigrement et au rejet qui risquent d'emporter la discrimination et d'autres effets préjudiciables.

[107]

[58] Troisièmement, les tribunaux administratifs doivent axer l'analyse sur les effets des propos en cause. Les propos sont-ils susceptibles d'exposer la personne ou le groupe ciblé à la haine d'autres personnes ? Le caractère répugnant des idées exprimées ne suffit pas, en soi, pour justifier d'en restreindre l'expression. [I]l n'est pas pertinent de se demander si l'auteur des propos avait l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à une autre conduite préjudiciable à l'égard du groupe protégé. Ce qu'il faut déterminer, ce sont les effets qu'auront probablement les propos sur l'audience, compte tenu des objectifs législatifs visant à réduire ou à éliminer la discrimination (nous soulignons).

La CSC retranche ainsi de la définition de la « haine » dans l'arrêt *Taylor*, la calomnie, car la calomnie n'expose pas forcément le sujet à la haine (paragraphe 42). Et la Cour nuance son analyse quant à une partie de l'alinéa 14(1)(b) qui ne satisfait pas aux critères de proportionnalité : l'alinéa 14(1)(b) du SHRC serait justifié quant à la « haine » mais non en ce qui « *ridiculise, [,] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à l[a] dignité* » des personnes ou catégories visées. Le juge Rothstein apporte des précisions :

[89] À mon avis, une forme d'expression qui [TRADUCTION] « ridiculise, [...] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » ne saurait exprimer les sentiments virulents et extrêmes qui ont été jugés essentiels à la constitutionnalité du par. 13(1) de la LCDP dans l'arrêt Taylor. Ces termes ne sont pas des synonymes de « haine » ou de « mépris ». Ils renvoient plutôt à des propos dénigrants et insensibles qui, par exemple, critiquent ou ridiculisent des groupes protégés en raison de leurs caractéristiques et pratiques communes, ou de stéréotypes.

Ce faisant, la CSC précise la nature et les formes de la haine qu'elle reconnaît :

[40] [...] Le juge en chef Dickson estime que, selon le tribunal, le par. 13(1) [de la LCDP] vise donc « des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation » : Taylor, p. 928. L'interdiction légale ne devrait donc s'appliquer qu'à des propos de nature inusitée et extrême.

[44] Depuis l'arrêt Taylor, la définition des propos haineux a fait l'objet d'une abondante jurisprudence et de nombreux articles de doctrine. Le type de mots et les moyens employés pour exposer des groupes à la haine ont été résumés sous la rubrique des « thèmes distinctifs des messages haineux » énumérés dans la décision Warman c. Kouba, 2006 TCDP 50 (CanLII), par. 24-81. Les propos haineux diffament souvent le groupe visé en reprochant à ses membres d'être la cause des problèmes actuels de la société, et prétendent qu'ils constituent une « puissante menace » (par. 24) ; qu'ils complotent en secret pour en arriver à contrôler le monde (Citron c. Zündel (No. 4) (2002), [108] 41 C.H.R.R. D/274 (T.C.D.P.)) ou qu'ils complotent pour détruire la civilisation occidentale (Taylor). Les propos haineux dénigrent également les groupes ciblés en laissant entendre que la situation de leurs membres est illégale ou qu'ils se livrent à des activités illicites, par exemple en les présentant comme « des menteurs, des tricheurs, des criminels et des escrocs » (Citron, par. 140), de « race parasite » et de « mal à l'état pur » : Warman c. Tremaine (No. 2), 2007 TCDP 2, 59 C.H.R.R. D/391, par. 136.

[45] On peut également exposer un groupe à la haine par des propos qui l'assimilent à des groupes qui font habituellement l'objet de l'opprobre public tels que les agresseurs d'enfants et les pédophiles (Payzant c. McAleer (1994), 26 C.H.R.R. D/271 (T.C.D.P.), conf. par. (1996), 26 C.H.R.R. D/280 (C.F. 1re inst.)), ou en les qualifiant de « criminels déviants qui s'en prennent aux enfants » : Warman c. L'Alliance du Nord, 2009 TCDP 10 (CanLII), par. 43. Une des formes les plus extrêmes de procédé utilisé pour déconsidérer un groupe consiste à employer des termes déshumanisants en assimilant les membres à des animaux ou à des êtres inférieurs par des expressions comme « créatures horribles qui ne devraient pas avoir le droit de vivre » (L'Alliance du Nord, par. 43), « primates ignorants », êtres « génétiquement inférieurs », « bêtes les plus faibles » (Centre de recherche-action sur les relations raciales c. www.bcwhitepride.com, 2008 TCDP 1 (CanLII), par. 53) ou « déchets inférieurs » : Warman c. Winnicki (No. 2), 2006 TCDP 20, 56 C.H.R.R. D/381, par. 101. Ce sont des exemples de termes déshumanisants qui remettent en question l'appartenance des membres de ces groupes au genre humain.

La CSC conclut que les propos haineux correspondent aux cas de dénigrement les plus extrêmes et flagrants, et elle écarte les propos offensants ou blessants (paragraphe 46).

La CSC traite ouvertement de la question de l'équilibre entre la liberté d'expression et le principe d'égalité :

[66] Il nous incombe donc de trouver un juste équilibre entre, d'une part, les valeurs fondamentales sous-jacentes à la liberté d'expression ... dans le contexte dans lequel elles sont invoquées, et, d'autre part, d'autres droits garantis par la Charte et valeurs essentielles dans le cadre d'une société libre et démocratique, en l'occurrence dans le cas qui nous occupe, la promotion de l'égalité et du respect de chaque groupe et de la dignité inhérente à tout être humain : art. 15 de la Charte et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136 ; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 78 ; et *Taylor*, p. 916 et 920.

[109]

Dans sa démonstration de l'atteinte au principe d'égalité par les actes haineux, la CSC s'attarde sur les effets sociaux et politiques de ces actes :

[41] Les mots qui exposent un groupe ciblé à la détestation tendent à inspirer, d'une manière qui excède le simple dédain ou l'aversion, l'inimitié et une malice extrême envers le groupe. Les messages diffamatoires cherchent à insulter, à déconsidérer ou à dénigrer la personne ou le groupe ciblé pour le rendre illégitime, dangereux, ignoble ou inacceptable aux yeux du destinataire.

[43] En dénigrant... le groupe ciblé, on atténue sa crédibilité, sa situation sociale et son acceptation au sein de la société. Il s'agit là de l'un des principaux aspects du préjudice social que causent les propos haineux.

[74] Les propos haineux préparent le terrain en vue de porter des attaques plus virulentes contre les groupes vulnérables. Ces attaques peuvent prendre la forme de mesures discriminatoires, d'ostracisme, de ségrégation, d'expulsion et de violences et, dans les cas les plus extrêmes, de génocide.

Les juges répondent aussi à un argument, notamment de R. Dworkin, celui de la censure imposée aux auteurs d'actes haineux. Ils rappellent que les actes haineux sont eux-mêmes des injonctions au silence, portant atteinte à un échange sain et libre d'idées. La CSC ne semble pas accorder grande légitimité à la théorie du libre marché des idées :

[75] le discours haineux comporte un aspect particulièrement insidieux en ce qu'il prive le groupe ciblé de tout moyen de riposter ou de rétorquer. C'est ce qu'il fait... en employant des mots qui forcent les membres du groupe à défendre leur propre humanité fondamentale ou leur propre statut social avant même d'être admis à participer au débat démocratique.

Selon l'arrêt *Whatcott*, on reconnaît un propos haineux si, objectivement, ces propos ont un effet particulier d'exposer ou tendre à exposer « *une personne ou une catégorie de personnes à la détestation et à la diffamation pour un motif de distinction illicite* »³¹⁰. Un tel propos doit être prohibé en raison de ses effets sur le statut social des groupes visés et sur le climat social, i.e. un déni d'acceptation sociale et de participation politique, une rupture de la paix entre groupes, une violence publique. R. Dworkin (1970) aurait peut-être fait remarquer que la Cour ne saurait faire la preuve de la détérioration du climat social invoquée et que ce principe de précaution la porte à suivre une logique utilitariste, qu'il refuse. Mais, dans l'arrêt *Whatcott* (para. 79-81), en dépit de considérations d'égalité, une faible attention est portée aux dommages individuels causés à la victime, en raison de l'obligation de [110] satisfaire au critère du lien rationnel entre une mesure et l'objectif qu'elle vise, en l'occurrence la prohibition de propos haineux et la lutte contre la discrimination.

À la suite de ces analyses, en une décision unanime³¹¹, la CSC statue que l'interdiction des propos haineux selon l'article 14(1)(b) constitue une restriction constitutionnellement valide de la liberté d'expression sous l'article premier de la *Charte canadienne*³¹². Limiter la liberté d'expression comme le fait l'article 14 du SHRC pour prohiber les propos haineux, vise un objectif urgent et réel, à savoir « atténuer les effets préjudiciables et les coûts sociaux de la discrimination en s'attaquant à certaines des causes de la discrimination » (arrêt *Whatcott*, para 71). Les propos haineux ont des effets psychologiques nocifs pour le groupe ciblé et nuisent à sa capacité de participer pleinement au débat politique. De plus, ils « pré-

³¹⁰ Arrêt *Whatcott*, para. 95.

³¹¹ Il s'agit d'une décision écrite par le juge Rothstein à laquelle souscrivent la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella et Cromwell.

³¹² Rappelons que la Cour nuance son analyse en précisant qu'une partie de l'alinéa 14(1)(b) ne satisfait pas aux critères de proportionnalité. La Cour conclut à la justification de l'alinéa 14(1)(b) SHRC quant à la « *haine* », mais non en ce qui « *ridiculise, rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à l[a] dignité* » des personnes ou catégories visées, car cette dernière partie ne satisfait pas au critère du lien rationnel avec l'objectif visé de lutter contre la discrimination puisqu'il ne s'agit pas de sentiments suffisamment extrêmes, et qu'une telle règle ne constitue pas une atteinte minimale à la liberté d'expression. La Cour a retranché cette partie de l'alinéa 14(b).

parent le terrain » pour des attaques plus nocives envers ces groupes ³¹³. Aussi, selon la CSC, la limitation à la liberté d'expression de l'article 14 du SHRC est-elle proportionnelle à l'objectif visé ³¹⁴.

Ces analyses de la CSC seront reprises dans l'arrêt *Ward* ³¹⁵ en 2021, une cause concernant les railleries d'un humoriste envers une personne atteinte d'un handicap ³¹⁶. Tout en clarifiant comment une personne peut invoquer les articles 4 [111] (dignité) et 10 (égalité) de la *Charte québécoise* ³¹⁷ lors de propos discriminatoires, l'arrêt *Ward* reprend des « enseignements » de l'arrêt *Whatcott* ³¹⁸ :

[83] Pour résoudre le conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la sauvegarde de sa dignité, le test applicable nécessite plutôt de déterminer, dans un premier temps, si une personne raisonnable, informée des circonstances et du contexte pertinent, considérerait que les propos visant un individu ou un groupe incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Ce premier critère se concilie

³¹³ Arrêt *Whatcott*, para. 74.

³¹⁴ Arrêt *Whatcott*, para. 78-151.

³¹⁵ *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43.

³¹⁶ De 2010 à 2013, l'humoriste Mike Ward donne plusieurs fois un spectacle, Mike Ward s'expose, dans lequel il se moque de personnalités, dont Jérémy Gabriel, un enfant, chanteur connu, atteint du syndrome de Treacher-Collins, une maladie ayant causé une malformation de la tête et la surdité. Dans un sketch intitulé Les Intouchables, M. Ward se moque des talents de chanteur de l'enfant. La mère de celui-ci porte plainte à la Commission des droits de la personne du Québec, qui intente une poursuite de 80,000 \$ au nom de J. Gabriel, de sa mère et de son père. Le jugement du Tribunal des droits de la personne en 2016 déclare les railleries de M. Ward discriminatoires et condamne l'humoriste à payer 35,000 \$ de dommages à J. Gabriel et 7,000 \$ à sa mère (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres) c. Ward*, 2016 QCTDP 18). L'humoriste fait appel. En novembre 2019, la Cour d'appel du Québec confirme le jugement précédent, tout en refusant les dommages accordés à la mère (*Ward c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, 2019 QCCA 2042). M. Ward porte sa cause devant la CSC.

³¹⁷ L'article 4 de la Charte québécoise prévoit que : « Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation » et le libellé de l'article 10 se lit comme suit : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ».

³¹⁸ Arrêt *Ward*, para.83-86.

davantage avec les exigences de la Charte canadienne telles que formulées dans l'arrêt *Whatcott*. Sont donc interdits les propos haineux au sens de *Whatcott*, de même que les propos qui produisent les mêmes effets sur la dignité des personnes sans pour autant répondre à la définition de la haine donnée dans cet arrêt.

[84] Dans un second temps, il doit être démontré qu'une personne raisonnable considérerait que, situés dans leur contexte, les propos tenus peuvent vraisemblablement avoir pour effet de mener au traitement discriminatoire de la personne visée. Ce second critère prend en compte les objectifs visés par la Charte québécoise (*Whatcott*, par. 178 et 191). L'article 10 vise à supprimer la discrimination dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. Or, la reconnaissance d'un droit suppose « l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter » (Commission ontarienne des droits de la personne, p. 554). La discrimination au sens de la Charte québécoise implique donc une différence de traitement ayant des effets sur l'acceptation sociale d'un individu. Ainsi, ne sont discriminatoires que les propos qui, situés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement mettre en péril l'acceptation sociale de cet individu ou de ce groupe (*Whatcott*, par. 178 et 191). L'analyse n'est pas centrée sur le contenu des propos en tant que tel, mais sur leurs effets probables à l'égard des tiers, c'est-à-dire sur les traitements discriminatoires susceptibles d'en résulter (*Whatcott*, par. 54, 58 et 82).

[85] À cet égard, le mode d'expression des propos et l'effet de ce mode d'expression sont déterminants. Des propos qui suscitent chez leurs destinataires des émotions extrêmes et intrinsèquement dangereuses comme [112] la haine n'ont de toute évidence pas le même impact que des propos posés et rationnels. Bien entendu, cela ne signifie pas que des discours à prétention scientifique ou rationnelle sont incapables d'attiser le mépris de la majorité envers l'humanité des groupes vulnérables. Mais de manière générale, des propos qui font appel à la raison de leur destinataire ou à des émotions dépourvues d'une véritable force mobilisatrice ne mèneront vraisemblablement pas au traitement discriminatoire de l'individu ou du groupe ciblé.

[86] Avant de poursuivre notre analyse, quelques remarques s'imposent au sujet des propos prononcés en privé. Le champ d'application de la Charte québécoise n'est pas restreint aux propos diffusés ou publiés, contrairement à la législation en cause dans l'arrêt *Whatcott*. Il n'est pas exclu que des propos prononcés en privé puissent être discriminatoires en vertu de la Charte québécoise, dans des cas exceptionnels. D'une part, de tels propos doivent être, aux yeux de la personne raisonnable, de nature à inciter au mépris ou à la détestation de l'humanité de la personne ciblée. D'autre part, la personne raisonnable doit conclure que ces propos, placés dans leur contexte, auraient vraisemblablement mené des tiers, s'ils avaient été présents, à imposer un traitement discriminatoire à l'individu ciblé. Au risque de nous répéter, l'analyse doit être centrée sur les effets discriminatoires probables des propos et non sur le préjudice émotionnel subi par la personne qui allègue être victime de discrimination.

Dans l'arrêt *Ward*, la majorité de la CSC invoque la définition de la haine dans l'arrêt *Whatcott* pour restreindre la portée de propos discriminatoires en vertu de la *Charte québécoise*. Elle privilégie l'impact des propos sur des tiers : les propos doivent inciter à la haine ou au mépris, et conduire à un traitement discriminatoire de la personne ou du groupe visés pour un motif interdit. Par cette décision, la CSC

change le cadre d'interprétation de savoir si des propos portent atteinte à l'exercice en pleine égalité du droit à la dignité selon la norme établie dans l'affaire *Calego*³¹⁹. En vertu de cette norme attentive aux circonstances du plaignant, des propos sont discriminatoires « *lorsqu'ils constituent un affront si méprisant envers l'identité du plaignant qu'ils auraient des conséquences graves sur une personne raisonnable qui se trouverait dans la situation de cet individu* » et devrait tolérer des propos blessants³²⁰. Selon les quatre juges dissidents, la norme doit rester celle de l'arrêt *Calego* et les propos discriminatoires ne doivent pas être limités à des propos haineux³²¹.

³¹⁹ *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924.

³²⁰ Arrêt *Ward*, para. 163.

³²¹ « Toutefois, l'objectif législatif qui sous-tend l'art. 10 est plus large que celui de la disposition en cause dans *Whatcott* et, par conséquent, l'interdiction peut viser davantage que les propos haineux tout en conservant un lien rationnel avec cet objectif. Parce que l'art. 10 garantit l'exercice, en pleine égalité, de tous les « droits et libertés de la personne », y compris le droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation, l'objectif de la disposition ne se limite pas à prévenir les préjudices collectifs et la perpétuation d'attitudes discriminatoires au sein du public en général. L'article 10 est intrinsèquement lié aux autres droits et libertés individuels garantis par la Charte québécoise (Robitaille, 108). Par contraste, la disposition examinée dans l'arrêt *Whatcott* visait spécifiquement à prévenir les préjudices sociétaux plutôt qu'individuels en « s'attaquant à certaines des causes de la discrimination » (par. 71 et 79-84). Par son texte même, cette disposition ne visait que les formes d'expression publiées ou affichées « dans un journal ou une autre publication, ou à la télévision ou la radio » (*Whatcott*, par. 83), alors qu'aucune restriction de portée similaire ne ressort de l'art. 10. Cet article ne peut donc pas être interprété par référence aux principes qui régissent la constitutionnalité d'une disposition différente ayant un objectif différent.

Il est reconnu que des propos peuvent causer un préjudice individuel sans pour autant être haineux, et rien dans la Constitution n'empêche d'intenter un recours en justice dans de telles situations lorsque la restriction imposée à la liberté d'expression vise d'autres objectifs... C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne le harcèlement... La liberté d'expression ne limite pas non plus la faculté qu'ont les décideurs administratifs de se pencher sur des propos préjudiciables qui ne sont pas des propos haineux (voir, par ex., *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform c. Grande Prairie (City)*, 2018 ABCA 154, 67 Alta. L.R. (6th) 230, par. 70 et 114).

En conséquence, ni la Charte canadienne ni la Charte québécoise ne font des propos haineux le seuil à partir duquel des commentaires discriminatoires peuvent donner ouverture à un recours. En ce sens, l'arrêt *Whatcott* n'est pas la norme appropriée pour trancher le présent pourvoi » (Arrêt *Ward*, para. 156-158).

[113]

Pour la majorité de la Cour, en revanche, cette norme ne convient pas, car une telle « *approche entraîne un glissement vers la protection d'un droit de ne pas être offensé, lequel n'a pas sa place dans une société démocratique* »³²². Et « *[l]e test applicable ne doit être axé ni sur le caractère répugnant ou offensant des propos, ni sur le préjudice émotionnel causé à cette personne* », car « *cela reviendrait à censurer des propos en raison de leur contenu ou de leur effet sur une personne, indépendamment de leurs effets discriminatoires* »³²³. La majorité de la CSC accueille l'appel de l'humoriste, statuant que M. Ward n'a pas ciblé J. Gabriel en raison de son handicap mais en raison du personnage public qu'il est devenu. De plus, une personne raisonnable ne peut considérer que les propos de M. Ward incitent à la haine ou au mépris, ou incitent à un traitement discriminatoire de J. Gabriel.

³²² Arrêt *Ward*, para. 82.

³²³ Arrêt *Ward*, para. 82.

[113]

Liberté d'expression c. égalité

Première partie

1.12.

Le droit d'être respecté
et la concurrence des idées

Jeremy Waldron, 2012

[Retour à la table des matières](#)

Aux États-Unis, deux auteurs défendent des points de vue proches de ceux de la CSC. Samuel Moyn ³²⁴ (2014) défend le droit de minorités à être protégées de propos haineux au nom des droits humains selon une perspective globale, mais il ne connaît pas une très large audience ³²⁵. Cependant, Jeremy Waldron, professeur de [114] droit et de philosophie politique à l'École de droit de l'Université de New York (New York University School of Law ³²⁶) publie, en 2012, *The Harm in Hate Speech*, un volume qui connaît un succès. Dans ce livre et d'autres écrits, il s'attache à définir le préjudice causé par des propos haineux. Il reprend la notion de dignité humaine pour qualifier ce préjudice de « *degradation* » (avilissement) : « *One way in which law protects dignity is by enforcing human rights provisions that explicitly prohibit degradation* » (2012b).

³²⁴ Professeur de droit et d'histoire à l'Université Yale (Yale University).

³²⁵ Dans *Human Rights and the Uses of History*, paru en 2014, S. Moyn conçoit le respect de ces droits comme un facteur du statu quo géopolitique mondial, associant la politique des droits humains à la fin des grandes utopies du XX^e siècle (welfarism, anticolonialisme, communisme, socialisme) et l'érigeant en dernière utopie légitimant le libéralisme politique dans le contexte actuel, qu'il considère de déclin militaire, économique et politique du monde occidental. S. Moyn a totalement modifié sa position sur la fonction des droits humains dans un livre publié en 2018, *Not Enough : Human Rights in an Unequal World*.

³²⁶ Auparavant professeur de droit à l'Université Columbia (Columbia University). Jusqu'en 2014, il détient aussi le poste de Chichele Professor of Social and Political Theory à l'Université d'Oxford (Oxford University, All Souls College).

J. Waldron avance une définition de la notion de « *inclusiveness* » (2012a, 4-6), plus limitée que celle donnée par Sumner. La notion réfère à l'assurance de chacun d'être socialement reconnu, soit d'être accepté comme égal dans sa vie publique quotidienne malgré les différences entre les individus. Chacun doit pouvoir s'attendre à ne pas être exclu ou confronté à de l'hostilité, de la violence ou de la discrimination, avoir le droit de vivre sa vie quotidienne en jouissant d'un « *statut social minimal* », i.e. avoir la garantie de ne pas être traité injustement, discriminé, rabaissé, violenté, insulté, menacé (2012a, 4-5).

L'inclusivité est un bien commun, un bien public qu'une société doit défendre contre les discours haineux alors que, selon J. Waldron, les discours haineux constituent une tentative de promouvoir une autre forme de bien public, une solidarité entre les personnes qui haïssent un certain groupe. Waldron compare les crimes haineux à la pollution de l'environnement, car ils constituent une menace environnementale pour la société. Il invoque plutôt l'atmosphère à cultiver dans une société bien ordonnée où il y aurait une certaine « écologie » de respect et dignité et assurance d'inclusion (2012a, 96). Les discours haineux dépouillent les individus ou les groupes ciblés de leur dignité.

J. Waldron (2012a, 154-155), s'appuyant sur un passage de l'arrêt *Keegstra* par la majorité à propos des personnes ou groupes ciblés par les propos haineux, écrit :

[T]he upshot might be that they would avoid much public life or participate in it without the security that the rest of us enjoy ; either that, or they would have to summon up (from their own resources) extraordinary reserves of [115] assurance as they went about their business, a burden that is not required of the rest of us.

J. Waldron voit en l'assurance de mener sa vie sans peur de harcèlement, humiliation et violence de la part de ses concitoyens, la possibilité de développer la confiance entre citoyens, un principe fondamental de la démocratie qui ancre la capacité et le désir de participer aux débats publics.

Pour défendre sa vision des propos haineux, comme les auteurs du Rapport Cohen, R. Delgado et M. Matsuda, J. Waldron porte son intérêt non sur la haine en soi mais sur ses effets sur les victimes et sur la démocratie (2012a, chapitre 3). Les propos haineux, qu'ils prennent la forme d'hostilité, de dénigrement, de déshumanisation, de diffamation ou d'avilissement, limitent la capacité d'être reconnu (« *inclusiveness* »). Ils dénie « *the assurance of a general commitment to the fundamentals of justice and dignity that a well-ordered society is supposed to furnish to its citizens as part of 'the public culture of a democratic society* » (2012a, 69). Ils ont également un effet sévère sur l'auto-estime des victimes et pour étayer son propos, Waldron cite (2012a, 84) le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra* :

« *this impact may cause the target group members to take drastic measures, perhaps avoiding activities which bring them in contact with on-group members, or adopting attitudes and postures directed to blending in with the majority* ». Les propos haineux doivent être prohibés au nom de la dignité des individus, de leur droit à l'égalité de traitement et de la défense de leur réputation comme personnes et comme membres d'un groupe, et également pour leur effet de découragement d'actes semblables.

J. Waldron déplore que les États-Unis soit la seule démocratie libérale ne disposant d'aucune législation anti-haine et il réfute toute définition absolutiste de la liberté d'expression. Il réfute tout autant la doctrine de la neutralité du message (« *neutral content* » qui concentre son attention sur la période, le lieu, la forme et les effets violents immédiats (bagarre, émeute, « *fight or riot* ») de l'expression haineuse. Il mentionne l'effet nocif de multiples actes haineux sur l'acceptation des citoyens les uns par les autres : « *the tiny impacts of millions of actions - each apparently inconsiderable in itself - can produce a large scale toxic effect* », et il considère tout discours haineux comme nuisible pour la société (2012a, 97). Aussi, au nom de l'égalité, de la dignité et de la démocratie, il prône l'interdiction des discours de haine mais il ne propose aucune règle législative claire permettant de distinguer les propos haineux de propos vexants ou heurtant la sensibilité des gens. En effet, avance-t-il : « *legislative policy is often complicated* » et insister sur des règles claires (« *rule-like clarity* ») ne prendrait pas en compte la difficulté du travail [116] des décideurs, un fait qu'on ne saurait nier pour tirer un avantage dans le débat sur les propos haineux (2012a, 115-116), ce qui gênerait la conversation publique ³²⁷.

David Cole, 2017

David Cole, directeur juridique de l'*American Civil Liberties Union* (ACLU) depuis 2016 ³²⁸, publie en 2017 (a,b,c) trois textes d'importance vu sa position. Il construit une défense argumentée d'une liberté d'expression absolue, reprenant l'idée du « marché des idées », selon la doctrine développée par les juges Holmes

³²⁷ Pour une critique de Waldron fondée sur l'importance d'établir une règle précise, voir Townsend 2012 ; McConnell. 2012. M. W. McConnell est un constitutionnaliste, anciennement juge de la Cour d'appel du 10e circuit de 2002 à 2009, puis Directeur du Constitutional Law Center à l'Université Stanford (Stanford University).

³²⁸ Avant 2016, D. Cole est George J. Mitchell professeur de droit et politiques publiques au Georgetown University Law Center. Ses écrits recouvrent le droit constitutionnel, les droits civils, la sécurité nationale et la justice criminelle.

et Brandeis dans l'arrêt *Abrams* en 1919. Cette doctrine veut que « *the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market* »³²⁹. Si les conversations publiques sont libres et ouvertes, les points de vue adverses se confrontent et les citoyens rationnels font la part des propos faux et vrais et déduisent la vérité. Rappelons que cette position, refusée par le Comité Cohen et par la CSC dans les arrêts *Taylor* et *Whatcott*, s'appuie sur la croyance en la rationalité des participants comme une qualité à la fois naturelle et construite par les institutions publiques. Vu cette qualité partagée par tous les citoyens, l'État se voit le droit d'intervenir uniquement dans certaines circonstances (guerre, catastrophe).

La doctrine du « *marketplace of ideas* », que L. Bollinger (1986, 59) associe au mécanisme de la main invisible d'Adam Smith, marque indélébilement les débats sur la liberté d'expression aux États-Unis. Elle est âprement critiquée depuis les années 1980 pour omettre les rapports de forces qui empêchent les groupes désavantagés d'accéder au dit marché des idées (Rosenberg 2021, 21-22). Catherine A. MacKinnon (1987, 209-210) la condamne en ces termes : « *Think about whether the speech of the Nazis has historically enhanced the speech of the Jews. Has the speech of the Klan expanded the speech of the Blacks ? Has the so-called speech of pornographers enlarged the speech of women ?* ». Elle rappelle (2018, 160-161) :

[T]he tired canard that truth will triumph in the marketplace, so nothing that can be considered expression should be restricted, was well addressed by John Stuart Mill in a less commonly quoted passage in *On Liberty* : 'It is a [117] piece of idle sentimentality that truth, merely as truth, has any inherent power denied to error of prevailing against the dungeon and the stake'.

Charles R. Lawrence III (1990, 481) écrit, quant à lui : « *We must eschew abstractions of first amendment theory that proceed without attention to the dysfunction in the marketplace of ideas created by the racism and unequal access to that market* ». Et Jason Stanley (2018, 68-69) résume la faille de la doctrine :

The argument from the "marketplace of ideas" model for free speech works only if the underlying disposition of the society is to accept the force of reason over the power of irrational resentments and prejudice. If the society is divided, however, then a demagogic politician can exploit the division by using language to sow fear, accentuate prejudice, and call for revenge against members of hated groups. Attempting to counter such rhetoric with reason is as akin to using a pamphlet against a pistol.

³²⁹ Arrêt *Abrams*, p. 630.

Mais nombre de polémistes, juristes et juges estiment que cet état de fait contemporain, comme la mémoire de la fomentation de la haine par les politiciens nationalistes des années 1890-1910, des régimes fascistes des années 1930 et le régime nazi, ne saurait justifier une intervention de l'État face aux citoyens promouvant la violence envers d'autres. En 2017, David Cole suggère de concevoir la liberté d'expression non pas comme un droit pouvant être limité en raison de risques ou de dangers que l'État réglemente en vertu du droit constitutionnel (comme l'atteinte au droit à l'égalité), mais comme un cadre normatif indépendant du droit à l'égalité (2017b) :

The argument that free speech should not be protected in conditions of inequality is misguided. The right to free speech does not rest on the presumption of a level playing field. Virtually all rights—speech included—are enjoyed unequally and can reinforce inequality. The right to property most obviously protects the billionaire more than it does the poor. Homeowners have greater privacy rights than apartment dwellers, who in turn have more privacy than the homeless. The fundamental right to choose how to educate one's children means little to parents who cannot afford private schools and contributes to the resilience of segregated schools and the reproduction of privilege. Criminal defendants' rights are enjoyed much more robustly by those who can afford to hire an expensive lawyer than by those dependent on the meager resources that states dedicate to the defense of the indigent, thereby contributing to the endemic disparities that plague our criminal justice system.

La parole, publique ou privée, qui que ce soit qui la prononce, ne réduit pas les inégalités sociales. L'effet d'une parole violente et humiliante envers un groupe, que cet effet soit social (non- reconnaissance du groupe), politique (illégitimité de sa [118] participation politique) ou socio-psychologique (sur les personnes) n'est pas une réalité à mettre en balance avec le risque de voir l'État décider des types de parole à prononcer. La figure centrale de l'État est celle d'un agent de répression dont le pouvoir doit sans cesse être endigué, et non celle, aussi, d'une instance de régulation des conflits et des rapports de force inégaux au sein d'une société.

Dans un article en novembre 2017 (c, 28), D. Cole expose un fondement complémentaire de sa position. Le pouvoir politique est toujours aux mains d'une majorité et jamais des minorités dépréciées, opprimées, dominées et au fil de l'histoire, cette majorité oscille entre égalitarisme et discrimination, racisme, violence. Il donne comme exemples, le soutien aux droits civils des Afro-Américains durant les années 1960 et la montée des suprémacistes blancs soutenus par Trump. Dès lors, constitutionnaliser l'interdit de discrimination et de haine est futile. Qui a décidé des groupes à protéger ? La majorité, qui pourrait changer d'avis. D. Cole

(2017c, 28) refuse de voir le statut de la liberté d'expression osciller au fil du contexte politique, d'autant plus que :

Si nous confions à l'État le pouvoir de criminaliser les propos attentatoires aux « valeurs américaines », M. Trump et ses alliés ne seraient que trop heureux d'en user et d'en abuser. Toute limitation étatique de la liberté d'expression aboutit en effet à cette contradiction majeure : elle vise à protéger les minorités vulnérables en renforçant les prérogatives d'un État qui se proclame l'émanation de la majorité. Pourquoi donc les minorités confieraient-elles aux représentants de la majorité le soin de décréter quels discours doivent être bannis et permis ? Il fut un temps aux États-Unis où la plupart des Blancs considéraient la ségrégation des Noirs comme la façon la plus adéquate d'assurer l'égalité raciale - « égaux mais séparés » disait l'adage. Le droit de contester les vues dominantes, inscrit dans le premier amendement, nous a permis de les rejeter.

Sur ce point de la puissance des majorités comme trait structurel du pouvoir, et à une critique (Park, 2017) d'un de ses articles dans le *New York Times* le 17 août 2017, D. Cole répond (2017a) :

K-Sue Park argues that the American Civil Liberties Union should rethink its approach to defending free speech after the tragic events in Charlottesville, Va. We are deeply sickened by the violence and mourn the lives lost there. The First Amendment is never a shield for violence.

There is no moral equivalency between the values of equality and justice promoted by Black Lives Matter, the Rev. Dr. Martin Luther King Jr. and antiwar protesters, whom we have supported in our history, and the odious views of white supremacists. But we believe that the right of free speech, [119] peacefully expressed, must extend even to those with whom we most vehemently disagree.

Ms. Park is correct that racist speech causes harm, and that speech rights, like property, privacy and liberty rights, can contribute to inequality. But allowing government officials to regulate speech based on their assessment of who is promoting equality or “on the wrong side of history” would be disastrous. How does Ms. Park think that Southern mayors would have used that power during the 1960s ? How would President Trump use it today ?

We devote the vast majority of our resources to the never-ending fight for equality for all, including communities of color, women, the L.G.B.T. community, immigrants, people with disabilities and political dissidents. But the freedoms to speak, associate and demonstrate are indispensable tools for advancing justice. We will continue to fight for equality — and free speech — for all.

Considérant nécessaire de maintenir l'exercice des droits hors de portée de l'État et des gouvernants, D. Cole veut voir en l'égalité et la liberté d'expression des droits indépendants l'un de l'autre, et défend l'idée du « *marché des idées* » comme métaphore (2017b) :

Critics argue that the First Amendment is different, because if the weak are silenced while the strong speak, or if some have more to spend on speech than others, the outcomes of the “marketplace of ideas” will be skewed. But the marketplace is a metaphor; it describes not a scientific method for identifying truth but a choice among realistic options. It maintains only that it is better for the state to remain neutral than to dictate what is true and suppress the rest. One can be justifiably skeptical of a debate in which Charles Koch or George Soros has outsized advantages over everyone else, but still prefer it to one in which the Trump—or indeed Obama—administration can control what can be said. If free speech is critical to democracy and to holding our representatives accountable—and it is—we cannot allow our representatives to suppress views they think are wrong, false, or disruptive (nous soulignons).

Au nom de la crainte de censure ou de démagogie par des politiciens, la vérité, i.e. la finalité de la discussion démocratique, implique une absence de contrôle de la parole. Il en découle une concurrence entre les idées, dont certaines peuvent détruire la réputation sociale de groupes de personnes. Tel est le prix pour assurer une neutralité de l'État dans le débat public, lequel est en réalité souvent un débat sur des droits. La menace de la puissance de l'État et des majorités culturelles et politiques qui portent les gouvernements, conduit D. Cole à refuser la possible régulation du « *marché des idées* ». Mais, existe-t-il un seul marché financier où l'État s'abstienne de toute intervention ?

[120]

Cette vision d'une protection totale de la liberté d'expression ne semble pas recueillir les suffrages de l'opinion publique comme le note D. Cole lui-même (2017c, 28) rapportant un sondage du Pew Research Center. Selon ce sondage en 2015, 40 % des Américains âgés de 18 à 40 ans estiment que l'État devrait pouvoir interdire les propos jugés stigmatisant telle ou telle minorité, un point de vue partagé seulement par 12 % de leurs compatriotes nés entre 1928 et 1945. Les jeunes attachent moins d'importance que leurs grands-parents à une liberté d'expression absolue. Cette opinion tient-elle au contexte ou à une position de principe ? D. Cole n'aborde pas ce point.

D. Cole et T. Scanlon sont durant les années 2010, les hérauts d'une définition absolutiste de la liberté d'expression déniaut toute latitude de l'État et des gouvernants de la limiter. Ils s'opposent aux tenants de la thèse libérale, classique (juges Holmes et Brandeis, Mellkejohn, Bollinger) ou revue par les auteurs critiques

(Deldago, Matsuda, Fish, Moyne, Waldron) qui, les uns et les autres, font intervenir des principes (droits politiques, égalité, dignité) mais aussi un contexte particulier pour limiter la liberté d'expression (guerre et propos séditeux pour les premiers, racisme, xénophobie, intolérance religieuse pour les seconds).

Mais, à la différence de D. Cole, T. Scanlon fonde sa position sur une qualité, qu'il érige à la fois en valeur et norme, l'autonomie individuelle. Celle-ci, pour s'exercer, exige que toute opinion soit accessible aux citoyens (2003, 17) : « *The harm of coming to have false beliefs is not one that an autonomous man could allow the state to protect him against through restrictions on expression* ». Ce n'est pas tant un rapport de forces structurel entre majorité et minorités qui exige une concurrence des idées et opinions, qu'une qualité humaine qui exige que chaque individu ait accès à une multiplicité d'idées dissemblables et concurrentes.

David Cole écrit dans le *New York Times* le 17 août 2017 alors que le 19 juin 2017, la Cour US vient de reconnaître la demande de Simon Tam dans l'affaire *Matal v. Tam* ³³⁰. Simon Tam est le fondateur d'un groupe de musique rock, The Slants, un terme insultant pour les membres du groupe, des Américains d'origine asiatique. Voulant renverser le stigmate en se l'appropriant, S. Tam demande en 2011 l'enregistrement de ce terme comme marque de commerce, mais en vain. La « *disparagement clause* » du *Lanham Act*, la loi fédérale sur les marques de commerce, prohibe l'enregistrement de marques qui dénigrent, jettent le discrédit ou incitent au mépris de personnes, institutions, croyances, ou symboles nationaux ³³¹. S. Tam appelle du refus de l'enregistrement de la marque de commerce à plusieurs [121] reprises. En décembre 2015, la *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* ³³², lui donne gain de cause. À la suite d'un appel du gouvernement de cette décision, la Cour US est saisie de l'affaire.

Pour la majorité, le juge S. Alito explique que ³³³ :

The Patent and Trademark Office (PTO) denied the application based on a provision of federal law prohibiting the registration of trademarks that may “disparage... or bring... into contemp[t] or disrepute” any “persons, living or dead. We now hold that this provision violates the Free Speech Clause of the First Amendment. It offends a bedrock First Amendment principle : Speech may not be banned on the ground that it expresses ideas that offend.

³³⁰ *Matal v. Tam* 137 S. Ct 1744-1751 (2017).

³³¹ 15 U.S. C. § 1052(a).

³³² *In re Tam*, 808 F.3d 1321 (*United States Court of Appeals for the Federal Circuit*).

³³³ Arrêt *Matal*, p. 1751.

Le gouvernement ne peut pas bannir un terme, tout aussi insultant qu'il soit. Rendant compte de l'opinion de la majorité, le juge S. Alito écrit encore ³³⁴ :

Speech that demeans on the basis of race, ethnicity, gender, religion, age, disability, or any other similar ground is hateful ; but the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express the thought that we hate.

Dans des motifs concordants, le juge Kennedy poursuit : « *[b]y mandating positivity, the law here might silence dissent and distort the marketplace of ideas* » ³³⁵. La clause est jugée inconstitutionnelle, car elle viole la liberté d'expression protégée par le premier amendement de la Constitution, les marques de commerce ne constituant pas une forme d'expression gouvernementale mais une forme de « *private speech* ». Ainsi, une loi les règlementant ne peut faire preuve de « *viewpoint discrimination* », i.e. une interdiction en raison du contenu. Dans l'affaire en cause, le gouvernement rejeterait une marque de commerce pour un point de vue qui aurait été exprimé, ce qui équivaldrait à préconiser certaines perspectives et à en exclure d'autres.

[122]

³³⁴ Arrêt *Matal*, p. 1754.

³³⁵ Arrêt *Matal*, p. 1766.

[123]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

LA HAINE EN LIGNE

[Retour à la table des matières](#)

[124]

[125]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

2.1.

La montée des courants suprémacistes et populistes

[Retour à la table des matières](#)

David Cole écrit alors que, le 12 août 2017, des suprémacistes blancs manifestent à Charlottesville. Ils désirent défendre la liberté d'expression et la revalorisation de l'identité blanche selon Jason Kessler, un étudiant de l'Université de Virginie qui organise la marche : « *to de-stigmatize white advocacy so that white people can stand up for their interests just like any other identity group* » (Rosenberg 2021, 160-161). Est en cause le déboulonnage par la Ville, d'une statue du général confédéré Robert E. Lee érigée dans un parc, Emancipation Park. La municipalité avise J. Kessler qu'un permis sera accordé si un autre emplacement est choisi pour la marche vu la taille réduite du parc en cause et le nombre de participants attendus. La section de l'ACLU de Virginie s'oppose à cette décision et défend le choix des suprémacistes au nom de leur droit à s'exprimer. J. Kessler porte plainte et le juge chargé du dossier lui donne raison³³⁶ selon l'argumentation suivante : les contre-manifestants ayant obtenu le permis de se rassembler, le refus de permis essuyé par J. Kessler semble motivé par ses propos et non par d'autres facteurs neutres (Rosenberg 2021, 161).

Le 12 août 2017 les suprémacistes se rassemblent et affrontent les contre-manifestants, la police donne l'ordre de dispersion, les affrontements se poursuivent dans les rues avoisinantes, les insultes « *Fuck you, n...* » sont lancées, un membre de de Unite the Right, James Fields qui a été filmé chantant « *Jews will*

³³⁶ *Kessler v. City of Charlottesville* (W.D. Va. 2017), Justia.com, 11 août 2017, p. 4. www.law.justia.com

not replace us ; you will not replace us, you will not replace us »³³⁷, lance sa voiture contre des contre-manifestants. Il tue une jeune femme, Heather Heyer, et blesse dix-neuf (19) personnes. Il est condamné à la prison à vie par la Cour d'appel de Virginie pour meurtre au premier degré³³⁸ et la Cour considère que « *Fields was motivated by hatred for ethnic and political groups when he ran his car into the counter-protestors* »³³⁹. Le jugement comporte une longue discussion sur la prise en compte de propos provocateurs envers les éventuels contre-manifestants et d'une image de Hitler, échangés entre Fields et sa mère avant la marche³⁴⁰. Ils seront considérés comme preuves.

[126]

Une autre affaire concernant des suprématistes blancs est aussi très médiatisée, *Shurtleff v. City of Boston*³⁴¹. Elle s'amorce en juillet 2017³⁴². La Ville de Boston (ci-après « Boston ») dispose de trois mâts devant son hôtel de ville, l'un porte les drapeaux des États-Unis et des PW/MIA, un autre le drapeau du Commonwealth of Massachusetts et un troisième le drapeau de Boston. La Ville permet à des insignes similaires d'être exhibés sur demande, le plus souvent ce sont des drapeaux d'autres pays. En juillet 2017, Harold Shurtleff demande de dresser un drapeau chrétien en son nom et en celui de Camp Constitution, une organisation promouvant l'héritage moral judéo-chrétien des États-Unis. La Ville refuse la demande, invoquant une violation de la clause de non-établissement d'une religion par l'État (*Establishment Clause of the First Amendment*³⁴³). H. Shurtleff poursuit la Ville requérant une injonction de la Cour fédérale de Boston et des dommages et intérêts. La Cour fédérale refuse l'injonction, de même que la Cour d'appel du 1^{er} district au nom du fait que Boston ne porte pas atteinte à l'*Establishment Clause* en refusant le drapeau proposé. H. Shurtleff fait appel à la Cour US qui doit décider si

³³⁷ *Fields v. Commonwealth*, 73 Va. App. 652, 865 S.E.2d 400 (Court of Appeals of Virginia) (ci-après jugement *Fields*), p. 2.

³³⁸ Quatre manifestants sont inculpés en 2018 pour coups et blessures, d'autres pour non-respect d'une interdiction de manifester.

³³⁹ Jugement *Fields*, p. 18.

³⁴⁰ Rappelons qu'aux États-Unis, une incitation explicite à la violence, des menaces réelles (« *true threats* ») et des propos incendiaires (« *fighting words* ») sont considérés des propos haineux mais que les insultes racistes ne sont pas jugées des propos incendiaires.

³⁴¹ *Shurtleff v. City of Boston*, No. 20-1158 (1st Cir. 2021).

³⁴² <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/20-1800#:~:text=In%20this%20case%2C%20the%20Supreme,in%20front%20of%20City%20Hall>. Des affaires précédentes ont traité d'actes des mêmes protagonistes : *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009), *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans*, 576 U.S. 200 (2015).

³⁴³ https://www.law.cornell.edu/wex/establishment_clause

le refus de la Ville viole le 1^{er} amendement et si, comme l'avance le plaignant, les mâts en cause sont des forums publics.

La plainte et la défense sont soutenues par des suprémacistes et des ultra-religieux blancs : Camp Constitution, Liberty, Life and Law Foundation, American Cornerstone Institute. Lors des auditions devant la Cour US en janvier 2022, l'Anti-Defamation League (ADL) met les juges en garde contre la propagande et la violence qu'entraîne toute visibilité donnée par un gouvernement à des symboles diviseurs. Elle rappelle les effets des événements de Charlottesville en 2017. Les manifestants encerclèrent la statue de R. Lee, allumèrent des torches, firent le salut nazi et déployèrent des croix gammées durant neuf minutes filmées. Ces images sont, selon ADL, à tout jamais inscrites sur les médias sociaux comme un message de haine. L'organisation mentionne aussi la croissance d'activité et de violence des suprémacistes blancs à la suite de cette manifestation en Virginie.

La Cour US rend sa décision en mai 2022 (*Shurtleff v. City of Boston*) ³⁴⁴ :

We conclude that Boston's flag-raising program does not express government speech. As a result, the city's refusal to let Shurtleff and Camp Constitution fly their flag based on its religious viewpoint violated the Free [127] Speech Clause of the First Amendment. We reverse the First Circuit's contrary judgment and remand the case for further proceedings consistent with this opinion.

It is so ordered ³⁴⁵.

L'enjeu de l'affaire est certes la définition du sécularisme de l'État, mais il est aussi l'expression en un lieu municipal de la haine raciale. Cette affaire et celle entourant la manifestation à Charlottesville sont deux illustrations de l'activisme public de groupes extrémistes, racistes et haineux, et de leur recours nouveau aux tribunaux où leurs propos publics ne sont pas matière à sanction.

³⁴⁴ *Shurtleff v. City of Boston*, 142 S. Ct. 1583 (2022).

³⁴⁵ Les juges Kavanaugh, Alito et Gorsuch concourent et le juge Kavanaugh explique : « This dispute arose only because of a government official's mistaken understanding of the Establishment Clause. A Boston official believed that the city would violate the Establishment Clause if it allowed a religious flag to briefly fly outside of City Hall as part of the flag raising program that the city had opened to the public. So, Boston granted requests to fly a variety of secular flags but denied a request to fly a religious flag. As this Court has repeatedly made clear, however, a government does not violate the Establishment Clause merely because it treats religious persons, organizations, and speech equally with secular persons, organizations, and speech in public programs, benefits, facilities, and the like ».

En Amérique du Nord et en Europe, durant les années 2010, des courants d'idées et des groupuscules hostiles aux minorités culturelles et sexuelles gagnent une forte visibilité sur les médias sociaux (Helly 2021, Introduction) ³⁴⁶. Ils composent des univers différenciés mais partagent une même détestation des personnes non blanches, des immigrants, des non chrétiens et des LBGT+. Ils voient en ces personnes les protégés d'élites cosmopolites, amoraux, prédatrices, et des ennemis politiques à combattre. Si le recours à la violence physique comme outil politique ne définit pas la majorité d'entre eux (Camus et Lebourg 2015), ils vilipendent tous les minorités culturelles et/ou sexuelles, tout en développant trois autres thèmes, l'alliance nocive entre les élites et les minorités culturelles, raciales et sexuelles, le laxisme des politiques d'immigration et la critique de la taille et de l'influence de l'État (Helly 2021, Introduction).

Concomitamment, les propos et gestes violents contre des membres de minorités culturelles et sexuelles se multiplient. Aux États-Unis, à l'égal d'autres pays, la violence verbale haineuse s'exprime particulièrement sur des plateformes de réseautage ³⁴⁷ comme les plateformes de médias sociaux (Facebook, LinkedIn, Twitter, Instagram, Snapchat, Youtube, Reddit, Snapchat, Wordpress). Le service de [128] surveillance des contenus de Facebook déclare, par exemple, avoir effacé en 2020, 9,6 millions de messages, dont nombre étaient haineux.

Vu leur non-enregistrement aux États-Unis, on ne connaît pas le volume des propos haineux visant des minorités (insultes, menaces, etc.). On connaît la violence physique infligée à des membres des minorités et il est avéré que les membres de groupes extrémistes sont souvent les auteurs des gestes haineux les plus violents (Carlson 2021, 116-117). Une étude comparative de comtés de différents États montre le lien entre le volume de propos haineux proférés et la présence et la violence de courants d'extrême droite (Adamczyk *et al.* 2014). Deux rapports du Southern Poverty Law Center (2013a, b) connu pour ses études sur l'extrémisme, documentent le même lien. Quelques années plus tard, le 9 avril 2019, le Comité de la Chambre sur le pouvoir judiciaire (*House Committee on the*

³⁴⁶ Voir pour le Canada, Campana et Tanner 2019 ; Helly et Nadeau 2016 ; Nadeau 2019, 2021 ; Perry, Mirrlees et Scrivens 2017 ; Organization for the Prevention of Violence 2019 ; Capitaine 2021 ; Potvin 2021.

³⁴⁷ Une plateforme peut être définie comme une infrastructure technique permettant aux internautes d'interagir entre eux et ce, grâce à la compilation et au traitement de leurs données personnelles. Cette interaction est rendue possible par ce qu'il est convenu d'appeler des intermédiaires comme les hébergeurs de web, les fournisseurs de service internet et les plateformes de réseautage (OCDE 2021).

Judiciary) entendra des témoignages attestant de liens entre les crimes haineux et la montée du nationalisme blanc aux États-Unis ³⁴⁸.

Par ailleurs, selon les réponses à un sondage du Pew Research Center en juillet 2017 ³⁴⁹, un Américain sur dix, un Afro-Américain sur quatre et un Hispanique sur dix affirment avoir été harcelés en ligne en raison de leur appartenance raciale, ethnicité ou genre. Quant aux attaques contre des biens, soit un tiers des crimes haineux enregistrés chaque année, elles consistent en majorité en du vandalisme et dans une moindre proportion en vols et incendies criminels. L'identité des commettants est connue dans environ 90 % des cas et ils sont pour moitié ou plus, des hommes blancs et pour 25 %, des Afro-Américains.

Les statistiques publiées par le FBI font état d'une faible décade des crimes haineux entre 2016 et 2018 en dépit d'une montée de la haine envers les Hispaniques (13 %) entre 2017 et 2018, puis, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, elles montrent une recrudescence de gestes haineux (visant principalement des personnes d'origine asiatique) : 7,175 en 2016, 7,120 en 2017, 7,036 en 2018, 7,314 en 2019 et 7,759 en 2020. Durant la décennie 2010 et selon l'année, de 55 % à 60 % des crimes haineux enregistrés aux États-Unis sont motivés par la race ou l'ethnicité de la victime, de 13 % à 20 % par sa religion ou son orientation sexuelle et de 1 % à 3 % par son identité de genre (2 %) ou son genre (moins de 1 %). Ils ciblent quelque 9,000 à 10,000 personnes par an sous la forme surtout d'intimidation, d'agression [129] physique (80 %) ou de violence aggravée (20 %) allant du viol au meurtre. Le nombre d'assassinats est tel (51) en 2019, que le gouvernement fédéral déclare les attaques racistes une menace nationale ³⁵⁰.

L'Anti-Defamation League fait état, pour sa part, de 387 assassinats par des extrémistes nationaux entre 2008 et 2017, dont 71 % par des extrémistes de droite, 26 % par des extrémistes islamistes et 3 % par des extrémistes de gauche (Stevenson 2019, 1) ³⁵¹.

³⁴⁸ House, Full Committee Hearing on Hate Crimes and the Rise of White Nationalism, <https://youtu.be/4RZswuCGPwM>

³⁴⁹ <http://www.pewinternet.org/2017/07/11/online-harassment-2017>

³⁵⁰ <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-releases-2018-hate-crime-statistics>.

Idem, 2019, 2020. Les statistiques pour 2021 ne sont pas encore disponibles.

³⁵¹ À noter que l'Anti-Defamation League, une organisation juive liée à Bnai Brith distingue la violence de droite, de gauche et islamiste, omettant les violences au nom d'autres idéologies religieuses comme l'extrémisme sioniste ou chrétien. Une entité comme la Jewish Defense League (JDL) a été inscrite par le FBI sur la liste des « *organisations terroristes* » en 1997 pour en être retirée en mai 2022. De fait, aucune religion n'est associée à la violence si on consulte les listes d'entités terroristes, à l'exception de l'Islam. Cette complaisance à

Ces attaques visent principalement des membres de minorités culturelles raciales ou sexuelles et, au fil des années, elles sont très meurtrières. À l'automne 2018, Robert Bowers, opposé aux politiques d'immigration en vigueur, tue onze fidèles dans une synagogue à Pittsburg, en août 2019 Patrick Crursius, un collégien suprémaciste de 21 ans, tue vingt-deux (22) clients d'un magasin Walmart situé dans un quartier hispanophone de El Paso et il laisse derrière lui un manifeste, *The Hispanic invasion of Texas* (Coulehan *et al.* 2020). En mai 2022 Payton Gendron tue à Buffalo (État de New York) dix personnes au motif qu'elles sont noires (Le-parmentier 2022).

Au Canada, la violence physique envers les mêmes minorités est moindre mais demeure présente. En juin 2021, à London (Ontario), Nathaniel Veltman lance sa voiture contre quatre membres d'une famille musulmane et les tue. Quant à la violence verbale, elle persiste et augmente durant les années 2010-2020.

Dans le cadre d'une étude commandée par CBC, Cision examine les contenus haineux sur les médias sociaux et les blogs entre novembre 2015 et novembre 2016. Les termes liés à l'idéologie suprémaciste ont augmenté de 300 % et les termes islamophobes de 200 %. Selon un membre de l'équipe de Cision, James Rubec, « *That's a dramatic increase in the number of people feeling comfortable to make those comments* », et « *It might not be that there are more racists in Canada than there used to be, but they feel more emboldened. And maybe that's because of the larger racist sentiments that are coming out of the United States* » (CBC 2017). Cette hypothèse est examinée positivement par B. Perry, Mirrlees et R. Scrivens (2017) et B. Perry et R. Scrivens (2019) révèlent le rôle des Skin Heads et de suprémacistes [130] blancs dans la montée de la violence haineuse. A. Campana et S. Tanner (2019) pour le Canada dans son ensemble et F. Nadeau (2021) pour le Québec illustrent, quant à eux, les activités violentes de groupes d'extrême droite.

L'Enquête sociale générale (ESG) de 2019, comme celles l'ayant précédée ³⁵², atteste d'une plus grande ampleur des actes haineux que ne le laissent voir les statistiques officielles, et la pandémie de COVID-19 donne lieu à une explosion de victimisation sur la toile et dans des lieux publics. En 2019, 1,951 crimes haineux sont rapportés par les services de police canadiens et 2,669 affaires en 2020, soit une augmentation de 37 % (Wang et Moreau 2022, 1). Les crimes haineux ciblant la race ou l'origine ethnique doublent presque (+ 80 %) par rapport aux années pré-

l'égard de certaines formes de violence met en évidence les tensions au sein du mouvement de lutte contre la haine et la violence motivée par la haine.

³⁵² <https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/daily-quotidien/210825/dq210825a-fra.pdf?st=-goeyFsf>. Voir Girard et Ducol 2021, pour le cas québécois.

cédentes et on note une augmentation nette de crimes envers les Noirs (+318 affaires, + 92 %), les Autochtones (+44 affaires, + 152 %), les Sud-Asiatiques (+38 affaires, + 47 %) et surtout les Asiatiques de l'Est ou du Sud-Est (+202 affaires, + 301 %). En 2020, le nombre de crimes haineux ciblant chacun de ces groupes atteint un sommet jamais connu depuis 2009 et les Asiatiques de l'Est (Chinois, Coréens) sont les principales victimes de cette évolution.

La population noire et la population juive demeurent néanmoins les plus fréquentes victimes des crimes haineux rapportés par les services de police canadiens (26 % et 13 % du total) ³⁵³. En termes géographiques, en 2020, les hausses les plus fortes sont relevées en Ontario (+316 affaires), en Colombie-Britannique (+198 affaires), au Québec ³⁵⁴ (+86 affaires) et en Alberta (+84 affaires). Si l'on tient compte de la taille de la population, la Nouvelle-Écosse (+70 %), la Colombie-Britannique (+60 %), la Saskatchewan (+60 %), l'Alberta (+39 %) et l'Ontario (+35 %) connaissent la plus forte hausse du taux de crimes haineux par 100,000 habitants cette année-là (Wang et Moreau 2022).

Ces tendances ne sauraient faire oublier que la misogynie est souvent un trait de regroupements et d'individus d'extrême droite comme le montrent, à Montréal, les menaces et l'incitation à la haine proférées par deux hommes lors du trentième anniversaire du massacre de l'école Polytechnique ³⁵⁵.

³⁵³ Les crimes haineux ciblant les Asiatiques de l'Est ou du Sud-Est représentent 11 % et ceux ciblant une orientation sexuelle 10 %.

³⁵⁴ Un rapport de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (2019) rappelle la croissance constante des crimes haineux au Québec depuis leur enregistrement en 2008.

³⁵⁵ « Mohamed Ilyes Krimed, 20, appeared in court during the weekend on two counts of making threats and inciting hatred, Montreal police said Monday without elaborating. Police referred all questions on the case to DPCP, Quebec's office of criminal prosecutions. A spokesperson for the DPCP did not respond to an email request for comment made Friday evening. This follows Friday's arrest of blogger Jean-Claude Rochefort in connection with a series of posts prosecutors believe incited hatred against women and writing favourably about Marc Lépine — the man who murdered 14 women at Polytechnique in 1989. Rochefort, 70, appeared in court Friday where he was charged with inciting hate against women. The charges relate to blog posts police say he wrote under a pseudonym. Rochefort was arrested hours before a ceremony commemorating the victims of the Polytechnique tragedy. Police say he's an anti-feminist and an admirer of Lépine. He was also arrested 10 years ago and charged with uttering threats on his blog just days before a ceremony marking the 20th anniversary of the murders » (Muschi 2019 ; Jolin-Dahel 2019).

[131]

Dans ce contexte nord-américain de violence envers les minorités, des évolutions particulières amplifient les controverses sur la régulation des propos haineux et la liberté d'expression. Les courants d'idées anti-démocratiques fustigeant les élites ainsi que les propos haineux envers des élus se multiplient sur la toile. Par ailleurs un nouveau narratif savant ostracise les minorités et une capacité technique grandissante de prédire et de modifier le comportement des internautes se développe (nous reviendrons ultérieurement sur la nature et le fonctionnement de ces nouvelles techniques prédictives et persuasives).

[131]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

2.2.

Le populisme haineux ou le mépris des élites et des « gauches » bien-pensantes

[Retour à la table des matières](#)

Des élus deviennent la cible de propos haineux tenus principalement par des membres de mouvements populistes de droite mais aussi de groupes suprémacistes blancs ³⁵⁶. Ces mouvements condamnent une corruption morale et matérielle des élus et des élites décrites comme méprisantes des peuples, des terroirs et des traditions, multiculturalistes ou cosmopolites. Ils mettent de l'avant l'alliance des élus, des élites, des minorités et des pouvoirs financiers, les acteurs, à leurs yeux, de la mondialisation économique et culturelle et de la décadence des mondes blancs. Durant la pandémie ils reprennent un autre de leurs thèmes, celui de la puissance illégitime de l'État.

En février et en mars 2016 ³⁵⁷, J. Trudeau est insulté sur la page Facebook d'un résident du Québec qui refuse l'aide du gouvernement fédéral à l'établissement de réfugiés syriens et de musulmans. L'homme est accusé d'incitation à la haine, de harcèlement et de menaces, et risque dix ans de prison. D'autres exemples au Québec illustrent la nature de cette vision honnissant minorités et élus (Hachey 2022) ³⁵⁸ :

³⁵⁶ Selon M. Grépinet (2022, 51-53), en France, entre janvier et novembre 2021, 1,186 élus ont subi des agressions verbales ou/et physiques du même type.

³⁵⁷ <https://www.journaldemontreal.com/2016/07/04/discours-haineux-accuse-davoir-menace-justin-trudeau>

³⁵⁸ Voir aussi ElKouri 2020.

[132]

Le 31 janvier 2020 une déferlante de haine antimusulmane a balayé la page Facebook de François Legault ³⁵⁹. Le premier ministre avait eu le malheur d'écrire que l'attentat de la mosquée avait été « le genre d'évènement qu'on ne croyait pas possible au Québec ». Les réactions racistes ont fusé : « De la vermi... » « Je leur pisse au visage. » « Câllice, gang de bâtards ». Un mois et demi plus tard, la pandémie a frappé.

Depuis, la page Facebook de François Legault n'a plus le même air. On s'en prend au premier ministre lui-même et à sa soi-disant dictature sanitaire. La haine a changé de cible.

Des sympathisants de La Meute, groupe d'extrême droite qui carburait au racisme et à la xénophobie, ont grossi le mouvement antimasque, antivaccin, anti-tout. Steeve « L'Artiss » Charland, par exemple, obsédait sur l'islam et l'immigration à l'époque où il comptait parmi les hauts dirigeants du conseil de La Meute. Maintenant, il bloque le tunnel Louis-Hippolyte-La Fontaine et est obsédé par les mesures sanitaires.

Le phénomène est loin d'être exclusif au Québec. L'un des organisateurs du « convoi de la liberté », l'Albertain Pat King, appelle ni plus ni moins ses partisans à mener une révolution armée contre le gouvernement fédéral.

Avant la pandémie, le même Pat King en avait plutôt contre les musulmans, qu'il tenait responsables d'un « *génocide des Blancs* ». Rien de moins. « *Nous sommes en train d'être envahis* », avait-il vociféré, en août 2019, dans une vidéo tournée au volant de sa voiture.

Selon un sondage auprès de députés québécois publié par le journal *Le Devoir* au printemps 2021, « 32 % d'entre eux ont contacté au moins une fois la police après avoir reçu un commentaire menaçant » (Crête 2021) ³⁶⁰.

Parallèlement à cette violence ciblant les institutions et les figures les incarnant, les années 2010-2020 voient, notamment aux États-Unis, l'apparition et l'expansion d'un journalisme amateur (« *citizen journalism* ») prétendant lutter contre une censure prétendument institutionnalisée et ce, au nom des valeurs des Lumières et de la liberté d'expression. On voit aussi une multiplication de polémiques sur le statut de mots, symboles, figures et monuments historiques. Un enjeu de ces polémiques est la narration de l'histoire des rapports de pouvoir entre

³⁵⁹ <https://www.lapresse.ca/actualites/2020-01-31/sur-la-page-facebook-de-francois-legault>

³⁶⁰ En 2019, deux députées québécoises, Natalie Roy et Christine Labrie, ont reçu des messages haineux ou des menaces en ligne (Crête 2019).

majorités et minorités culturelles et religieuses, entre Blancs et non Blancs, une histoire dont les universités sont d'importants acteurs ³⁶¹.

Contribuent à ce nouveau narratif d'une « tyrannie morale » par une « gauche » dite bien-pensante et autoritaire, des revues, des journalistes et des universitaires connus (Niall Ferguson, Richard Dawkins, Christopher Hitchens ³⁶², Sam Harris, Brendan O'Neill, Bret Stephens, Mark Lilla, Steven Pinter, Douglas Murray, Nicolas Christakis, Jordan Peterson, Peter Thiel) ³⁶³. Ces auteurs ou commentateurs forment une nouvelle communauté de défenseurs de la liberté d'expression qui se distingue par deux convictions : la liberté d'expression implique le droit de heurter, humilier et choquer ; cette liberté est en crise, menacée par l'intolérance et un « libéralisme totalitaire » de gauche (Malik, 2019) allié des « *professionnels de l'offense* » ³⁶⁴, i.e. les minorités raciales, religieuses, culturelles et les défenseurs de l'environnement.

Les polémiques fleurissent aussi sur les campus. Historiquement, les campus ont été des lieux de violence envers les minorités, tout autant que de protestations politiques pour ou contre cette violence. Mais, à la suite du mouvement Black Lives Matter, les propos haineux envers les minorités racisées se multiplient, que ce soit lors de discours de conférenciers invités, d'affrontements entre étudiants ou entre étudiants et corps professoral. Selon Caitlin Ring Carlson (2021, 108-109), entre novembre 2016 et septembre 2017, en moins d'un an, on recense 154 cas de propos haineux sur des campus. En 2018, selon un sondage auprès de 4,407 étudiants de premier cycle, 58 % d'entre eux déclarent que les propos haineux envers

³⁶¹ Aux États-Unis sont publiées des études documentant ou réinterprétant la pratique de l'esclavage, la Reconstruction, les fondements (suprémacistes) de la Constitution américaine, les positions des Pères fondateurs, les liens des universités avec l'esclavage (Delbanco 2022), ou encore des événements racistes meurtriers comme le massacre de Tulsa en 1921 (Ellsworth 2021 ; Wilentz 2022). Voir aussi le Projet 1619 du *New York Times Magazine* et le volume de Hanneh-Jones (2021). Le Projet 1619 avance que la date réelle de la fondation des États-Unis est l'année de l'arrivée du premier bateau d'esclaves, 1619 au lieu de 1776.

³⁶² Dawkins (*The God Delusion*) et Hitchens (*God is not great*) sont connus pour leur attaque, au nom de la seule validité de la science, de toute croyance religieuse, plus particulièrement de celles des Évangélistes et des musulmans.

³⁶³ Des revues comme *Spiked* au Royaume-Uni et *American Spectator* aux États-Unis, ou encore des médias considérés plus à droite comme *Fox News*, *Breitbart News*, *The Federalist*, *The Washington Free Beacon*, *The Sinclair Broadcast Group*. Un auteur québécois avance la même thèse (Mathieu Bock-Côté, La grande noirceur canadienne | *Le Journal de Montréal*. <https://www.journaldemontreal.com/2022/07/02/le-canada-nest-plus-un-pays-de-liberte>

³⁶⁴ « *The professionally offended* », expression d'une journaliste britannique, Isabel Oakeshott, in Malik 2019.

les minorités doivent être protégés par le 1^{er} amendement et 41 % sont d'avis contraire. Les opinions diffèrent selon l'appartenance raciale, le genre et l'orientation sexuelle : 60 % des étudiants d'origine afro-américaine, 53 % des femmes et 65 % des personnes se déclarant homosexuelles, estiment plus important de promouvoir le [134] respect des différences de race et de culture que de protéger la liberté d'expression ; 58 % de étudiants s'identifiant comme blancs affirment le contraire (Carlson 2021, chapitre 3).

Aux États-Unis, les campus sont définis comme des forums publics par la loi et toute institution universitaire recevant des fonds fédéraux, à la différence des universités privées, ne peut réglementer le contenu de propos tenus dans son périmètre ; elle doit assurer une totale liberté d'expression selon une disposition reconfirmée par la Cour US en 2000 (Carlson 2021, chapitre 3 ; Chemerinsky et Gillman 2018, 97-103). Ces luttes d'influence sur la narration « nationale » n'ont pour l'heure pas gagné les campus canadiens avec la même ampleur qu'aux États-Unis. Mais des controverses se sont amorcées à propos de la place accordée aux minorités noire et autochtone dans des productions théâtrales au Québec (Capitaine, à paraître), de l'usage du mot en « n.. » à l'Université d'Ottawa (Deschatelets 2022) ³⁶⁵ et par un journaliste de Radio-Canada (Caillou et Paré 2022 ; Nafi 2022 ; Trudel 2022) ³⁶⁶.

³⁶⁵ <https://www.ledroit.com/2022/02/23/universite-dottawa-un-essai-sur-la-crise-du-mot-en-n-b8668c25dc9199309d2a305744f823f6>

³⁶⁶ <https://www.ledevoir.com/culture/medias/729978/mot-en-n-front-commun-contre-le-blame-du-crtc-pour-l-utilisation-du-mot-en-n-a-radio-canada>
https://www.ledevoir.com/culture/medias/729978/mot-en-n-front-commun-contre-le-blame-du-crtc-pour-l-utilisation-du-mot-en-n-a-radio-canada?utm_source=infolettre-2022-07-05&utm_medium=email&utm_campaign=infolettre-quotidienne ;
<https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/729858/chronique-radio-canada-et-le-mot-honni-ou-est-la-faute> ; <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/733059/idees-attenuer-n-est-pas-interdire>

[134]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

2.3.

Les techniques d'amplification et de persuasion

[Retour à la table des matières](#)

Les années 2000-2010 voient une seconde mutation majeure. La propagande djihadiste sur les réseaux sociaux, des attentats terroristes sanglants et l'entrée en Europe de plus d'un million de personnes fuyant l'Irak, l'Afghanistan et la Syrie en guerre ³⁶⁷ n'expliquent qu'en partie la hausse des gestes et des propos haineux envers les réfugiés et les musulmans durant ces années. La réalité et l'impact de ces faits, comme des idées populistes et suprémacistes, sont amplifiés par leur instrumentalisation politique par des acteurs. Usant d'outils numériques de plus en plus performants, ces acteurs interviennent dans la vie politique. Ils tentent de façonner les opinions publiques manipulant, piratant ou créant des informations. Par exemple, en 2016, la correspondance électronique entre responsables des négociations sur le Brexit est piratée, modifiée et remise en ligne. Durant la campagne présidentielle aux États-Unis, des documents du Comité démocrate sont pareillement piratés et rendus publics et, en France, durant une autre campagne présidentielle, des comptes de personnalités politiques sont « hackés » et le vote électronique doit être suspendu.

[135]

Tenter de manipuler l'information et l'électorat durant des élections, diffuser de fausses informations, avilir des adversaires politiques ou certaines catégories sociales n'est nullement un fait nouveau, mais l'extension des réseaux sociaux et la nature et la puissance des technologies développées durant les années 2000-2010 créent un contexte particulier.

³⁶⁷ Commission européenne 2021.

À partir des données personnelles ³⁶⁸ et des usages de médias sociaux par les internautes, des entreprises et des États créent des profils, comme le faisaient les firmes de publicité depuis des décennies à partir de critères socio-démographiques (âge, lieu de résidence, niveau de scolarité, occupation, genre, revenu). Cependant, contrairement aux firmes publicitaires du passé, les nouvelles entreprises numériques sont en mesure de produire des profils personnalisés pour chaque utilisateur. Au fil des années 2000-2010, ces profils sont affinés par la multiplication des critères de classification recueillis lors d'enquêtes auprès d'internautes (usages, goûts, préoccupations, manières de vivre, de lire, d'acheter, vote, opinions, moralité) et déduits des attitudes et comportements de ces derniers (traits de personnalité, moralité, attitudes) selon des principes behaviouristes.

Le traitement de ces données ³⁶⁹ rend possible un microciblage dit psychographique, i.e. une segmentation très avancée d'une population en groupes d'individus présentant des traits et comportements similaires (femmes blanches, 30-40 ans d'âge, résidentes d'un lieu X, de tel type psychologique, professant telles opinions, membres d'une ONG Y, ayant voté Z, etc.). Des entreprises se spécialisent dans le traitement des données personnelles et recourent aux grandes plateformes numériques ³⁷⁰ pour atteindre les catégories d'internautes dont elles veulent influencer le comportement, principalement politique ou de consommation. Ce ciblage ou l'efficacité publicitaire est la base même du modèle économique de grandes plateformes numériques comme Facebook et Google.

Les banques de données personnelles des internautes et la prévision de leurs comportements sont des produits de marché vendus principalement à des équipes électorales durant les années 2000, puis à des entreprises diverses, notamment pharmaceutiques et médicales. Faire appel à des spécialistes du courtage de données devient une pratique courante dans diverses industries déployant une stratégie publicitaire.

[136]

Ce marché gagne en ampleur et en technicité durant les années 2010 et donne lieu à des accusations de manipulation, dont d'électeurs aux États-Unis où il n'existe aucune protection légale compréhensive des données personnelles dans le

³⁶⁸ Souvent obtenues à travers les dénommés « cookies » et la commande « Like » sur Facebook.

³⁶⁹ Principalement par des algorithmes, i.e. des systèmes de décision automatisés qui traitent de grandes masses de données (« big data »).

³⁷⁰ En sus de messages personnalisés au travers de médias sociaux, le microciblage peut servir du démarchage de porte à porte, des jeux-concours, des focus groupes, une campagne de presse, etc.

monde numérique. Depuis le *Patriot Act* voté le 26 octobre 2001, la collecte des données personnelles sans le consentement des individus est courante et nombre d'entreprises privées achètent, collectent et traitent de telles données. Une entreprise très florissante est Strategic Communication Laboratories dont la filiale états-unienne, Cambridge Analytica, devient célèbre en 2015 à la suite d'un article du journal *The Guardian* le 11 décembre portant sur sa contribution à la campagne de Ted Cruz ³⁷¹. SLC a également organisé des campagnes électorales au Kenya, à Trinité-Tobago (2010), en Colombie (2011) et en Irak (2014), intervient en 2016 au Royaume Uni durant le Brexit et participe largement à l'élection de D. Trump (Kayser 2019, 61, 72-73, chapitres 10, 11).

Un exemple de vente courante de manipulation de l'électorat est donné par B. Kayser (2019, 224-225) : durant la campagne présidentielle aux États-Unis en 2016, Google vend des termes de recherche pour contrôler la première vue des utilisateurs :

Si un ou une internaute tapait les mots « Trump », « Irak » et « guerre » sur Google, le premier résultat était une page intitulée « Hillary voted for the Iraq war – Donald Trump opposed it ». Un lien redirigeait vers le site d'un comité d'action, sur lequel on pouvait lire : « Crooked Hillary voted for the war in Iraq. Bad Judgement ! ».

En mai 2022, lors de sa comparution devant le Comité de la sécurité publique de la Chambre des Communes canadienne, Imran Ahmed, directeur du Center for Countering Digital Hate fondé en 2016 et sis à Londres et à Washington, insistera sur deux points : l'existence d'une économie florissante de la haine et la désinformation, et l'amplification des thèses conspirationnistes et des propos haineux par les algorithmes utilisés. Il déclarera ³⁷² :

There is a web of commercial actors, from platforms to payment processors to people who provide advertising technology that is embedded on hateful content, giving the authors of that hateful content money for every eyeball [137] they can attract to it, that benefit from hate and disinformation. It's got revenues in the... hundred of millions.

³⁷¹ Le premier scandale de Cambridge Analytica en 2015 concerne son contournement d'une règle de Facebook en vue de soutenir la candidature de Ted Cruz aux primaires républicaines. La règle veut que les internautes doivent consentir à donner accès à leurs données personnelles, ce que les amis des internautes sur l'application API Friends ne peuvent plus faire à partir du 5 avril 2015 selon une disposition de Facebook. CA utilisa néanmoins des données d'API Friends (Kayser 2019, 169-171).

³⁷² <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/44-1/SECU/reunion-22/proces-verbal>
Pour les recherches réalisées par le centre : <https://counterhate.com/research/>

Il rapportera qu'une étude d'Instagram par le Centre ³⁷³ montre la manipulation en cours : « *if you follow 'wellness', the algorithm was feeding you anti-vaxx content. If you follow anti-vaxx content, it was feeding you antisemitic content and QAnon content* ».

La capacité d'influencer les internautes à leur insu, et la vente de données personnelles sans le consentement clair des utilisateurs ne sont pas les seuls enjeux soulevés par les différents modes de traitement de ces données ³⁷⁴. Un autre enjeu est leur capacité de connecter des internautes et des groupes autrement isolés, de les fédérer et de les induire à développer une identité collective et un sens de communauté ³⁷⁵. Ils amplifient ainsi la visibilité des opinions, projets et comportements de certaines catégories d'internautes, dont ceux divulguant ou manifestant une sensibilité envers des idées suprémacistes, racistes, intolérantes. Ils démultiplient l'exposition aux messages, notamment aux messages dotés sciemment d'une forte charge émotionnelle pour attirer et fixer l'attention. Bruno Patino (2022, 51) donne un exemple : sur recommandation d'algorithmes, 59 millions d'internautes reçurent des messages antivaccins COVID-19 envoyés par douze personnes.

La prolifération de messages haineux envers les minorités racisées et religieuses et envers des politiciens, et la manipulation de l'électorat enveniment la vie politique. Elles radicalisent et cristallisent des divisions ethniques ou culturelles et incitent à la violence. Elles changent la façon selon laquelle les campagnes électorales et la contestation sociale ou politique sont organisées depuis des décennies.

À partir du milieu des années 2010, des mesures d'endiguement de cette évolution sont inscrites à l'agenda des politiciens et des formes de contrôle des grandes plateformes numériques, Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, sont envisagées. L'impartialité des plateformes dans cette évolution est en effet considérée comme un mythe selon les termes de T. Gillespie (2017, 5) :

³⁷³ <https://counterhate.com/research/hidden-hate/>

³⁷⁴ Pour la protection des données personnelles au Québec avant la massification de l'information et des contenus sur internet par les nouvelles technologies, voir Trudel 1984.

³⁷⁵ Pour Gozlan (2013), des traits de l'environnement en ligne jouent un rôle dans la propagation accélérée des discours haineux, ce sont l'anonymat, l'invisibilité de l'auteur et du récepteur d'un message, le sens de communauté et l'instantanéité des communications.

[138]

[T]hey are designed to invite and shape participation toward particular ends. This includes what kind of participation they invite and encourage ; what gets displayed first or most prominently ; how the platforms design navigation from content to user to exchange ; the pressures exerted by pricing and revenue models ; and how they organize information through algorithmic sorting, privileging some content over others, in opaque ways.

Le contrôle de la diffusion de la haine en ligne a deux facettes. L'une concerne la censure directe de messages haineux, la désindexation de leur contenu, leur diffusion commentée par des décodeurs, et la suppression de fausses informations qui portent à la détestation de personnes protégées de la discrimination.

L'autre facette concerne la régulation de l'accès aux données personnelles dont le traitement permet de micro cibler des groupes particuliers, d'amplifier le contenu expressif des messages, d'en accélérer la diffusion, et de faciliter l'interreconnaissance et le regroupement de personnes ayant des opinions, activités, comportements et/ou attitudes semblables. Aussi, vu la radicalisation des opinions et la diffusion de préjugés racistes et haineux qu'ils génèrent (Muller et Schwarz 2018), les modes d'accès et d'utilisation des données personnelles par les plateformes, sont-ils des enjeux du contrôle de la haine en ligne et des objets des débats autour de la liberté d'expression.

[138]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

2.4.

Des débats et mesures aux États-Unis et en Europe

[Retour à la table des matières](#)

En 2000 la Commission Européenne précise que les plateformes ne sont légalement responsables que du contenu des messages qui leur est signalé comme haineux ou diffamatoire (*Directive 2000/31/EC, dite e-Commerce Directive*). En 2001 la *Convention sur la cybercriminalité* (dite de Budapest) et en 2005 le *Protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité* du Conseil de l'Europe traitent de la criminalisation des actes racistes et xénophobes commis au moyen de systèmes informatiques et appellent à une meilleure collaboration internationale lors d'enquêtes et de poursuites visant ces crimes. La *Convention de Budapest* est jusqu'à ce jour le seul instrument juridique international de lutte, peu efficace, contre la criminalité informatique. Ces deux documents sont signés par le Canada.

Afin de respecter ces engagements, le 18 juin 2009, le Parti Conservateur (février 2006-novembre 2015) présente les projets de loi C-46 (*Loi sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle* ³⁷⁶) et C-47 (*Loi régissant les installations de [139] télécommunication aux fins de soutien aux enquêtes*) qui visent à adapter la surveillance des communications des Canadiens aux nouvelles technologies, car ³⁷⁷ :

Internet a changé la façon dont les crimes sont commis. Bon nombre des crimes d'aujourd'hui comportent l'usage de téléphones cellulaires ou d'ordinateurs mobiles pour envoyer des messages sur Internet, ce qui rend certains crimes plus faciles à commettre et plus difficiles à détecter.

³⁷⁶ https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/402LS661E <https://www.parl.ca/LegisInfo/fr/projet-de-loi/40-2/C-46>

³⁷⁷ <https://www.parl.ca/LegisInfo/fr/projet-de-loi/40-2/C-47>

Les projets sont très controversés pour leur atteinte à la vie privée, car ils créent deux obligations pour les fournisseurs de services Internet : garder les données personnelles et la trace et le contenu des activités en ligne des utilisateurs ; transmettre ces informations à toute « *personne autorisée* » par la loi à en faire la demande. Ils ne sont pas adoptés.

Le 1^{er} novembre 2010 le Parti conservateur soumet une nouvelle version du projet de loi inabouti, le projet de loi C-51. Elle modifie le *Code criminel* en créant deux nouveaux pouvoirs d'enquête liés aux délits informatiques et à l'utilisation de nouvelles technologies pour perpétrer des infractions, i.e. l'ordre et l'ordonnance de préservation des données informatiques détenues par une organisation et l'ordonnance de communication qui rend obligatoire la communication de données sur la transmission de communications et le lieu d'opérations, de personnes physiques ou de choses (Valiquette et Simonds 2011, section 2.1.). Elle ajoute le critère d'origine nationale à la définition de groupe identifiable (article 4) et précise que l'infraction d'incitation à la haine peut être commise par tout moyen de communication, y compris la création d'un hyperlien menant à des sites haineux (article 5) (nous soulignons). Le projet est examiné en première lecture le 1^{er} novembre, sans suite.

En 2013, Peter MacKay, ministre de la Justice et Procureur général du Canada, dépose le projet de loi C-13 contre la cyberintimidation. L'Association du Barreau Canadien (ABC) fait nombre de remarques à propos du respect de la vie privée et de l'accès aux données personnelles des internautes prévus dans le projet. Elle donne des exemples. Les fournisseurs de services Internet répondent aux demandes des organismes d'application de la loi sans autorisation législative précise. Entre avril 2012 et mars 2013, l'Agence des services frontaliers du Canada demande des renseignements sur des abonnés à l'internet à 18,849 reprises ; quatre-vingt-dix-neuf pour cent (99 %) des demandes ne comportent aucune autorisation judiciaire, et l'information est fournie dans plus de 85 % des cas. En mars 2015, le projet de loi C-13 est adopté comme *Loi sur la protection des Canadiens contre la [140] cybercriminalité* (ci-après *LPCCC*). Elle introduit des pouvoirs d'enquête spécialisés pour l'obtention d'éléments de preuve numériques et étend le régime des mandats de perquisition et des ordonnances de communication.

Les quelques dispositions adoptées entre 2009 et 2015 s'attardent sur la création de moyens dits plus efficaces d'enquêter sur la cybercriminalité et la criminalité assistée par ordinateur et d'intenter des poursuites dans le respect de la vie privée et des libertés des personnes. Elles ne s'attardent pas sur les modes de propagation de la haine en ligne à la suite de l'expansion des technologies de persuasion. Il faudra attendre 2020 pour voir déposés au Canada des projets de loi visant la réduction de la haine en ligne. À cette date, le contexte international en matière de

traitement des données personnelles des internautes, de régulation des contenus haineux sur la toile et d'encadrement des plateformes numériques dans le respect de la liberté d'expression, se sera grandement modifié. Alors que les gouvernements du Canada tardent à prendre des mesures, la plupart des parlements occidentaux auront légiféré à l'exception notable du Congrès des États-Unis.

Les débats aux États-Unis

Aux États-Unis, il n'existe jusqu'à ce jour, aucune protection structurée des données personnelles numériques et, en vertu de la section 230 du *Communications Decency Act* de 1996, les entreprises de médias sociaux ne sont en rien responsables des contenus publiés grâce à leurs services : « *No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* » (Section 230, *Communications Act, 1934, Communication Decency Act, 1996*).

Durant la campagne présidentielle de 2020, les deux candidats, D. Trump et J. Biden se disent favorables à l'abrogation de la section 230, pour des raisons différentes. D. Trump veut modifier les règles de la modération par les grandes plateformes, J. Biden veut rendre celles-ci responsables des contenus qu'elles diffusent ³⁷⁸.

La section 230 visait à résoudre un dilemme des modérateurs de contenus de ces entreprises, soit celui de s'abstenir de tout contrôle par crainte de poursuites légales par les auteurs de contenus supprimés ou d'être accusés de censure excessive en cas d'intervention. Les entreprises peuvent pratiquer une modération des contenus, i.e. effacer des contenus couverts par un droit d'auteur ou contrevenant à une clause du *Code criminel*, sans aucune crainte de poursuite devant un tribunal. En [141] 1996 les législateurs n'avaient nullement prévu la montée de la violence et de la désinformation sur les médias sociaux, pas plus que la faible réponse des principales plateformes numériques pour endiguer les deux phénomènes.

Le rôle des grandes plateformes numériques dans l'aggravation des tensions raciales durant les années 2010 et surtout l'affaire Analytica qui concerne le monde politique, portent des élus à envisager des mesures, dont le démantèlement au nom d'une position dominante sur le marché. En 2019 et en 2020, études, enquêtes et auditions d'experts et de responsables des plates-formes, sont organisées par la

³⁷⁸ www.businessinsider.com/trump-biden-want-to-revoke-section-230-for-different-reasons-2020-5

Chambre des Représentants et le Sénat. Elles comportent des témoignages éclairant ce rôle, tels que ceux durant les auditions par le Sous-Comité des Communications, de la Technologie, de l'Innovation et de l'Internet du Sénat ³⁷⁹ sur les algorithmes persuasifs, le 25 juin 2019 ³⁸⁰ ; devant le Sous-Comité des lois Anti-Trust, commerciales et administratives ³⁸¹ de la Chambre des Représentants, sur la concurrence dans le secteur numérique, durant juin 2019 ³⁸² ; et lors de la comparution des CEO d'Amazon, Apple, Facebook et Google, devant le Comité sénatorial du Commerce, de la Science et des Transports (The Economist 2020) ³⁸³ et devant la Chambre des Représentants, le 29 juillet 2020 ³⁸⁴. Les auditions par la Chambre des Représentants en juin 2019 illustrent particulièrement les mécanismes de contrôle et de manipulation du marché par les plateformes (prix, publicité, édition) et elles donnent lieu à la proposition d'un plan pour leur démantèlement.

Alors que ces questionnements sur le fonctionnement des grandes plateformes numériques alimentent un débat, en juillet 2020, Facebook rend publics les résultats d'un audit sur sa prise en considération des droits des internautes. Le texte présente des faits sur sa performance (Facebook 2020, 42 ³⁸⁵) en matière de respect des droits des internautes : en 2019 65 % et en 2020 89 % des propos haineux (« *hate speech* ») retirés l'ont été grâce à des moyens technologiques sans avoir été auparavant signalés. Les 35 % et 11% restants détectés comme potentiellement haineux par l'algorithme, l'ont été à la suite de leur analyse par des employés.

Et, le 9 septembre 2020, Netflix lance un documentaire, *Social Dilemma*, sur la dépendance aux réseaux sociaux et un débat public s'enclenche, alors qu'une vague de crimes haineux envers des personnes d'origine asiatique se poursuit à la [142] faveur de la pandémie de COVID-19 ³⁸⁶ et de discours incendiaires de Donald Trump visant la Chine. Face à cette vague d'actes haineux, le Congrès adopte

³⁷⁹ Subcommittee on Communications, Technology, Innovation, and the Internet.

³⁸⁰ https://youtu.be/yjKV_j_mFIQ
www.youtube.com/watch?time_continue=69&v=yjKV_j_mFIQ&feature=emb_logo

³⁸¹ Sub-Committee on Anti-Trust, Commercial and Administrative law

³⁸² https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519

³⁸³ <https://youtu.be/xvjdH-Ipbuk>

³⁸⁴ www.washingtonpost.com/technology/2020/07/29/apple-google-facebook-amazon-congress-hearing/

³⁸⁵ <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/07/Civil-Rights-Audit-Final-Report.pdf>

³⁸⁶ Entre mars 2020 et décembre 2021, quelque 11,000 incidents haineux ciblant des Américains d'origine asiatique (Asian-American) sont rapportés à STOP AAPI Hate. Cela inclut une attaque armée contre un salon de coiffure dans le quartier coréen de Dallas, et une autre dans un spa à Atlanta, tuant huit personnes d'origine asiatique. Environ 600,000 « Asiatiques » vivent à Dallas et 400,000 à Atlanta (The Economist 2022a).

une loi (*Law 117-13* ³⁸⁷) le 20 mai 2021 (Le 2021), qui facilite la dénonciation des crimes haineux. Elle prévoit des mesures et des subventions fédérales pour faciliter la déclaration au FBI par les services de polices locaux, des crimes motivés par la haine. Elle prévoit également de nouveaux outils dans de nombreuses langues dites d'origine pour faciliter les plaintes par les victimes et les témoins. Elle prescrit de désigner une personne du ministère de la Justice pour déterminer la nature des crimes haineux dénoncés et en accélérer le traitement légal. Elle inclut des financements pour développer des projets visant à réduire les crimes haineux.

Selon Jeff Le (2021), le Congrès aurait dû inclure des financements pour des séances de formation des témoins, des mesures de sécurité et des campagnes d'information pour des groupes de défense communautaires comme les Seniors Fight Back ³⁸⁸. Selon lui, le Congrès aurait également dû inclure trois trains de mesures visant à : 1. protéger les principales victimes de la vague de crimes haineux en cours, soit les femmes d'origine asiatique (AAPI, Asian American and Pacific Islander), deux fois plus souvent agressées que les hommes, 2. octroyer des fonds aux organisations offrant des services à ces femmes, comme Asian Americans Advancing Justice et National Asian Pacific American Women's Forum, et 3. venir en aide aux « Asiatiques » propriétaires ou gérants de commerces et d'entreprises, dont les locaux ont été vandalisés ou menacés ³⁸⁹.

En dépit de cette recrudescence de crimes haineux, aucune législation sur le contrôle de l'incitation à la haine et de la désinformation que facilitent et répercutent à large échelle les plateformes numériques, n'est à l'ordre du jour du Congrès, et les [143] débats continuent. Deux affaires montrent quelques-uns des positionnements qui s'opposent lors de ces débats. Il s'agit de projets de révision de l'arrêt *Sullivan* (Liptak 2021a, b) et de l'affaire Joe Rogan.

³⁸⁷ Text - S.937 - 117th Congress (2021-2022) : COVID-19 Hate Crimes Act | Congress.gov | Library of Congress (<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/937/text>)

³⁸⁸ <https://www.seniorsfightback.com/>

³⁸⁹ Le gouvernement de J. Biden offre aussi une aide aux petites entreprises et à celles détenues par des membres d'une minorité au travers du *Paycheck Protection Program* mais, selon Le (2021), 2,5 % des entrepreneurs d'origine asiatique l'ont reçue alors qu'ils représentent 17 % des commerces de détail et 26 % des industries alimentaires et hôtelière). Selon Le encore (2021), seul l'État de Californie dispose d'un programme exemplaire. La Californie a connu 40 % des crimes haineux et actes discriminatoires visant des 'Asiatiques' sur l'ensemble du territoire national (<https://stopaapihate.org/wp-content/uploads/2021/05/Stop-AAPI-Hate-Report-National-210506.pdf>). En août 2021, le parlement de l'État adopte un programme incluant \$20 millions d'aides aux petits entrepreneurs d'origine asiatique et aux quartiers les regroupant : Chinatowns, Japantowns, Koreatowns, Little Saigons and Little Manilas.

En 1964 l'arrêt *Sullivan* ³⁹⁰ par la Cour US, reconfirmé en 1988 (arrêt *Hustler v. Falwell*), protégeait des journalistes d'attaques légales leur interdisant de couvrir des actes de brutalité commis par des policiers contre des manifestants pour les droits civils. L'affaire concernait un policier, i.e. un agent de l'État, se plaignant de se voir imputés des faits inexistantes et ce, en connaissance de cause (« *actual malice standard* »). En mars 2021, un juge de la Cour fédérale d'appel du District de Columbia déclare que l'arrêt *Sullivan* a comme permis le contrôle des médias par un seul parti (« *very close to one-party control* », « *Nearly all television – network and cable – is a Democratic Party Trumpet* ») (The Economist 2021, 24-25). En juillet 2021, les juges Neil Gorsuch et Clarence Thomas déclarent à leur tour, publiquement, que l'arrêt ne respecte pas le 1^{er} Amendement et facilite la propagation de fausses informations sur la toile. Lors de sa confirmation en 2017, Neil Gorsuch rappelle la légitimité de l'arrêt *Sullivan* mais, en juillet 2021, en une opinion dissidente dans une cause en partie sur la liberté de la presse, *Berisha v. Lawson* ³⁹¹, il défend ce point de vue :

What started in 1964 with a decision to tolerate the occasional falsehood to ensure robust reporting by a comparative handful of print and broadcast outlets, had evolved into an ironclad subsidy for the publication of falsehoods by means and on a scale previously unimaginable.

Le juge Clarence Thomas partage cette opinion mettant en cause les médias et non les plateformes numériques. Il avait demandé à plusieurs reprises que la Cour US revoie la décision de 1964, ainsi que celle de 1971 sur la publication des *Pentagon Papers*, qualifiant ces arrêts de « *policy-driven decisions masquerading as constitutional law* ».

En février 2022, deux musiciens retirent leurs productions de la plateforme Spotify en signe de protestation de la diffusion d'un podcast de Joe Rogan, un humoriste et une célébrité de télévision ³⁹² s'étant opposé à la vaccination anti-COVID-19. Il devient public que les principales plateformes de musique, Spotify, Apple, Amazon, ne disposent pas de règles de modération de leur contenu et que des [144] campagnes de haine et/ou de désinformation pourraient être lancées en

³⁹⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

³⁹¹ *Berisha v. Lawson* 594 U. S. (07-02-2021).

³⁹² En 2020, il signe un contrat d'exclusivité de 100 millions de dollars US avec Spotify, une plateforme de streaming suédoise. <https://www.lesechos.fr/tech-medias/medias/deal-a-plus-de-100-millions-de-dollars-entre-spotify-et-joe-rogan-une-star-du-podcast-1204605>

usant de leurs services, comme l'est alors la campagne génocidaire contre les Rohingyas en Birmanie sur Facebook (The Economist 2022b).

Contrairement aux États-Unis durant les années 2000-2010, l'Union Européenne, l'Allemagne, la France et l'Australie légifèrent contre la propagation des propos haineux. Nous décrivons brièvement des législations pour situer les initiatives canadiennes en 2021-2022.

L'Union Européenne

L'échelle de l'Union Européenne est d'importance dans le champ de la régulation du digital, comme d'autres secteurs. Elle a un effet d'entraînement sur nombre de pays hors de l'Union et elle permet de contrebalancer l'influence des États-Unis et de la Chine.

Dès 2002, la Commission Européenne (2002) recommande aux pays membres que leur loi nationale érige en infractions pénales les comportements suivants, s'ils sont avérés intentionnels (alinéa 18) : a) l'incitation publique à la violence, à la haine ou à la discrimination, b) les injures ou la diffamation publiques, c) les menaces à l'égard d'une personne ou d'un ensemble de personnes, en raison de leur race, leur couleur, leur langue, leur religion, leur nationalité ou leur origine nationale ou ethnique ; d) l'expression publique d'une idéologie qui prône la supériorité d'un ensemble de personnes en raison des mêmes critères, ou qui calomnie ou dénigre un tel ensemble de personnes. La Commission recommande également que le génocide soit considéré comme une infraction criminelle (alinéa 19).

Un autre pas est franchi en 2008. Le Conseil de l'Union Européenne décrète que l'expression, en ligne ou pas, de la violence ou de la haine basée sur les mêmes critères, ainsi que l'incitation à la haine doivent constituer des infractions criminelles (*Council Framework Decision 913/JHA, 2008*³⁹³). La même décision précise qu'une enquête sur tout crime haineux doit être menée par les instances nationales, qu'un signalement ou une plainte par une victime ait été enregistré ou pas. Elle prescrit l'inclusion de ces provisions dans les législations nationales avant le

³⁹³ Document 32008F0913. Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>. Voir aussi <https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-022-09440-w>
 et https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12872-Hate-speech-&-hate-crime-inclusion-on-list-of-EU-crimes_en

28 novembre 2010. Et, selon une directive en 2012, elle prescrit que réparation et aide doivent être apportées aux victimes de crimes haineux (article 22(3)).

[145]

Une conséquence du climat créé par ces initiatives, à partir du milieu des années 2010, les grandes plateformes numériques multiplient le nombre de leurs modérateurs humains et recourt à l'intelligence artificielle pour réduire les contenus illicites, dont ceux jugés haineux et, en 2015, elles s'engagent en ce sens par un accord, le Forum de l'internet de l'Union Européenne.

Puis, en 2016, la Commission européenne publie un *Code de conduite* (*Conduct Code*) pour combattre les propos haineux en ligne. Le code s'adresse aux plateformes numériques et à des organisations de la société civile invitées à collaborer à sa mise en œuvre et à faciliter l'application des législations existantes. En mai 2016, un accord sur le code est signé entre l'Union Européenne et Facebook, Twitter, Microsoft, YouTube et Instagram³⁹⁴ qui s'engagent à agir volontairement en vue de supprimer les contenus illicites véhiculés grâce à leurs outils et services. Avec l'acceptation ultérieure du code par Snapchat, Instagram, Google+, Dailymotion et Jeuxvideo.com, 96 % du marché des plateformes en ligne dans l'Union sera couvert.

Le *Code de conduite* inclut une clause de suppression des contenus illicites dans les vingt-quatre (24) heures, des directives visant la formation des internautes à l'usage critique des médias sociaux, et la formation du personnel des plateformes au repérage des messages haineux. Il n'est pas une disposition contraignante, il impose plutôt aux plateformes ce qu'il sera convenu d'appeler dans les débats futurs, « *a duty of care* ». Néanmoins il a quelque efficacité. Selon une évaluation de son impact parue en 2021, entre 2016 et 2019, 9 signalements sur dix en moyenne ont été examinés dans les vingt-quatre (24) heures et 70 % des contenus illicites retirés. Il faut préciser que tous les États n'ont pas la même définition des propos haineux (Reinders 2021)³⁹⁵.

³⁹⁴ Pour une description des mesures recommandées dans ce Code, voir Muller et Schwarz (2018, 2) qui les considèrent sans grand effet. En 2017 l'Allemagne rendra des mesures similaires obligatoires.

³⁹⁵ Pour 2016-2019, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination-0/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en ;
Pour 2021 https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/factsheet-6th-monitoring-round-of-the-code-of-conduct_october2021_en_1.pdf

En 2016, l'Union Européenne adopte une seconde mesure (2016/679) pour harmoniser les lois sur les données personnelles des États membres. La mesure, entrée en vigueur le 25 mai 2018, le *Règlement général sur la protection des données* (ci-après *RGPD*) deviendra une référence ³⁹⁶. Il renforce la notion de consentement librement consenti (article 7.4) et protège le droit de tout internaute de ne pas être [146] l'objet d'une décision entièrement automatisée, y compris le profilage, si elle a des conséquences négatives pour lui de manière significative (article 22.1). Il protège son droit de connaître la logique à la base de la décision, de demander son examen manuel (22.3) et de contester la décision (article 22.3). Il crée deux autres nouveaux droits, le droit à l'oubli si un utilisateur veut voir ses données effacées ³⁹⁷, et le droit d'être avisé, comme l'autorité de surveillance compétente, quand la garantie de protection de ses données personnelles a été violée (articles 31-32). La décision en cause peut être le fait autant d'un acteur du secteur privé que du secteur public, œuvrant sur le territoire de l'Union. En cas de non-respect, la sanction varie de 10 à 20 millions d'euros pour un individu et de 2 % à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent pour une entreprise (article 84).

Des critiques du mode de régulation dans le *RGPD* concernent la réelle capacité des internautes de porter plainte contre un géant du web vu l'asymétrie de pouvoirs entre les deux acteurs et la faible connaissance du monde numérique des internautes quant au traitement de leurs données personnelles (Yeung 2017, 39). Une autre critique avancée il y a quelques années et portant sur le respect de la vie privée, concerne l'approche réactive du *RGDP* ³⁹⁸ qui permet la collecte de données personnelles pour ensuite régler leur traitement. Aussi est-il proposé d'exiger des entreprises collectant des données personnelles qu'elles évaluent les risques et bénéfiques pour les internautes de leur traitement de ces données (Cate *et al.* 2014).

En mars 2018, la Commission Européenne donne de nouvelles consignes à Google, YouTube, Facebook et Twitter qui devront recourir à des outils plus efficaces pour supprimer tout contenu illicite, coopérer plus étroitement avec les auto-

³⁹⁶ *Règlement (UE) 2016/679* du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (version consolidée actuelle : 04/05/2016. <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>).

³⁹⁷ À moins de motif légitime de les conserver.

³⁹⁸ Un débat similaire a lieu depuis le début des années 2010 sur la nécessité de contrôler la régulation PAR LES algorithmes ou d'adopter une régulation ex ante DES algorithmes, voir Conclusions.

rités et partager avec les petites entreprises sans expertise, des solutions technologiques, par exemple pour détecter automatiquement les contenus illicites (Fassinou 2019). De fait, en 2019, Facebook crée sa propre agence de surveillance (« *oversight board* ») de la suppression de contenus par ses modérateurs.

Puis, en 2020, une autre étape est franchie par l'Union Européenne.

Entre mars et novembre 2020, la Commission Européenne propose l'inclusion des critères illicites de genre et d'orientation sexuelle ³⁹⁹. En effet, seuls 21 États membres incluent le critère d'orientation sexuelle dans leur législation et 12 celui du genre ; au nombre de ces derniers certains prévoient de criminaliser la haine misogyne [147] vu son regain en Europe ⁴⁰⁰. Et, en décembre 2020, la Commission Européenne propose la *Loi sur les services numériques*, plus souvent citée comme *Digital services Act* ⁴⁰¹ (DSA), et la *Loi sur les marchés numériques* ⁴⁰² citée comme *Digital Markets Act* ⁴⁰³ (DMA).

Alors que le projet de *Loi sur les marchés numériques* vise à réduire les abus de position dominante par les grandes entreprises numériques, particulièrement celles états-uniennes, le projet de *Loi sur les services numériques* veut, selon les termes de la Commission, mieux protéger les consommateurs et leurs droits fondamentaux en ligne, préciser la responsabilité des plateformes et favoriser l'innovation, la croissance et la compétitivité au sein du marché unique (Commission Européenne 2020). Thierry Breton, commissaire européen au marché intérieur et un des deux auteurs de la proposition, commente (Malingre 2020) :

³⁹⁹ COM. 2020. 698 final. LGBTIQ Equality Strategy 2020–2025 (article 83(1), 12 novembre 2020, p. 14 ; COM. 2020. 152 final, A Union of Equality : Gender Equality Strategy 2020–2025, 5 mars 2020, p. 2.

⁴⁰⁰ The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI).2020. *Annual Report on the ECRI's activities covering the period from 1 January to 31 December 2019*, Strasbourg. <https://rm.coe.int/ecri-annual-report-2019/16809ca3e1>. OSCE Office for Democratic Institutions and Human. 2020. *Lack of hate crime recording means victims and their needs too often remain invisible, OSCE's human rights office says*, OSCE, Varsovie, 6 novembre. <https://www.osce.org/odihr/470415>

⁴⁰¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825>
<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

⁴⁰² [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/733561/EPRS_ATA\(2022\)733561_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/733561/EPRS_ATA(2022)733561_FR.pdf)

⁴⁰³ https://fr.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9gislation_sur_les_march%C3%A9s_num%C3%A9riques

[d]ans bien des cas, l'espace numérique est une zone de non-droit. Il s'agit pour l'Europe de reprendre la main sur les plateformes structurantes [...]. Le fil conducteur du DSA est simple : ce qui est autorisé offline doit l'être online, ce qui est interdit offline doit l'être online. Que l'on parle de contrefaçon, d'antisémitisme, de pédopornographie, de menaces de mort ou de vente de drogues, tous les contenus illégaux doivent être retirés. Les contenus haineux, l'amplification de la violence verbale et physique, la désinformation doivent être identifiés comme tels et traités en conséquence. Tout ce qui est interdit dans l'espace public sera aussi interdit dans l'espace online.

Les règles prescrites par le projet de loi s'appliquent à tous les intermédiaires en ligne établis dans l'Union ou non, soit une vingtaine d'entreprises, des services d'hébergement (en nuage et en ligne) et des plateformes en ligne (vente de produits, réseaux sociaux) (Commission Européenne 2020). En effet, « *les très grandes plateformes en ligne présentent des risques particuliers en ce qui concerne la diffusion de contenus illicites et les dommages sociétaux* » et des règles spécifiques sont prévues pour celles atteignant, par mois, plus de 10 % des 450 millions de [148] consommateurs en Europe⁴⁰⁴. Des sanctions allant jusqu'à 6 % du chiffre d'affaires global de la plateforme fautive en cas de non retrait de contenus illicites, sont prévues.

Le projet de *Loi sur les services numériques* vise essentiellement le contrôle de contenus en ligne considérés illicites en droit européen ou national, comme les propos haineux, et une meilleure appréhension du fonctionnement des algorithmes. Elle comprend :

- * Des mesures visant à lutter contre les biens, services ou contenus illicites en ligne, telles qu'un mécanisme permettant aux utilisateurs de signaler ces contenus, et aux plateformes de coopérer avec des « signaleurs de confiance » (le statut de ces personnes chargées de signaler des contenus illicites, n'est pas précisé) ;
- * Des garanties efficaces pour les utilisateurs, dont la possibilité de contester les décisions de modération du contenu prises par les plateformes ;
- * L'interdiction de publicités ciblant des enfants ou des personnes sur la base de leur appartenance ethnique, leurs opinions politiques ou leur orientation sexuelle ;
- * Des mesures de transparence concernant de nombreux aspects, y compris les algorithmes utilisés pour les recommandations ;
- * Des dispositions obligeant les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherche en ligne à prévenir l'utilisation abusive de leurs systèmes en adoptant des

⁴⁰⁴ Les micro- et petites entreprises bénéficient d'une exemption ciblée d'un ensemble d'obligations pendant une période transitoire de 12 mois (*idem*).

mesures fondées sur les risques et en faisant réaliser des audits indépendants de leur système de gestion des risques ;

- * Une structure de contrôle, soit un Comité européen des services numériques, et pour les très grandes plateformes, la Commission elle-même.

Le projet de loi comporte deux points d'importance. Dans un premier temps, il renforce le régime de responsabilité des plateformes quant à la modération des contenus en exigeant des audits indépendants ciblant le mode de gestion des usages jugés abusifs (« *misuse* »). Les plateformes sont parallèlement chargées par le législateur de la responsabilité de suspendre certains utilisateurs diffusant [149] régulièrement du contenu illégal, ainsi que de rendre compte de leurs décisions quelle que soit la manière dont celles-ci sont prises (automatisées ou non).

Dans un second temps, le projet de loi prend en compte le pays où les plateformes font des affaires et non le lieu de leur siège social. L'élaboration du projet suscite de fortes résistances de la part de l'industrie numérique. Google, par exemple, investit 100 millions d'euros pour en contrecarrer l'adoption (Perarnaud 2022). Le projet de loi suscite aussi de vives critiques. En imposant aux plateformes des systèmes de filtrage automatisé des contenus illicites, il favorise les grandes entreprises déjà dotées de telles techniques de reconnaissance et il perpétue l'automatisation de la censure (Perarnaud 2022) (voir Conclusions ci-après).

Le Parlement européen adopte la *Loi sur les services numériques* ⁴⁰⁵ et la *Loi sur les marchés numériques* le 5 juillet 2022. Les deux textes qui s'appliqueront aux pays membres de l'Union Européenne et aux entreprises qui y opèrent, devront être votés par le Conseil de l'Union et signés par les présidents des deux institutions. La *Loi sur les marchés numériques* prendra effet en mars 2023 et la *Loi sur les services numériques* s'appliquera en deux temps selon la taille des plateformes pour une entrée en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2024 ⁴⁰⁶.

En 2001 la *Convention sur la cybercriminalité* (dite de *Budapest*) et en 2005 le *Protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité* du Conseil de l'Europe visaient à améliorer la coopération internationale dans les enquêtes et les poursuites relatives aux crimes commis via Internet, et à encourager les partena-

⁴⁰⁵ Pour un commentaire sur la loi :

www.amnesty.org/fr/documents/pol30/5830/2022/fr/#:~:text=Le%205%20juillet%202022%20C%20la,un%20vote%20du%20Parlement%20europ%C3%A9en1%20

⁴⁰⁶ Quatre mois après la désignation par la Commission des grandes plateformes en ligne et grands moteurs de recherche visés et, pour les autres plateformes, quinze (15) mois après, soit au plus tard le 1^{er} janvier 2024.

riats entre les secteurs public et privé. En 2021, un second protocole additionnel, ouvert à signature en mai 2022 ⁴⁰⁷, fait état de ⁴⁰⁸ :

[150]

[1]la prolifération de la cybercriminalité et la complexité croissante de l'obtention de preuves électroniques qui peuvent être stockées dans des juridictions étrangères, multiples, changeantes ou inconnues, les pouvoirs des services répressifs sont limités par les frontières territoriales. Par conséquent, seule une très faible part des actes de cybercriminalité signalés aux autorités de justice pénale donne lieu à des décisions de justice.

Face à ces contraintes, le second protocole prévoit « *une base juridique pour la divulgation des informations relatives à l'enregistrement des noms de domaine et pour la coopération directe avec les fournisseurs de services pour obtenir des informations sur les abonnés et des données relatives au trafic* » ⁴⁰⁹.

Alors que la Commission européenne et le Parlement européen agissent en vue d'un contrôle des propos haineux en ligne, des États membres interviennent pour leur part, dont l'Allemagne au premier rang.

La Loi NetzDG en Allemagne, 2018

Des milliers de réfugiés entrent en Allemagne de 2011 à 2015 et les propos haineux envers eux prolifèrent sur la toile alors qu'existent des lois strictes contre les appels à la haine. Le gouvernement crée une commission (« *task force* ») pour discuter de mesures de censure. La commission rend son rapport durant l'hiver 2017 et le 27 mars 2017 le ministre de la Justice, Heiko Maas, propose une loi pour responsabiliser les plateformes numériques, i.e. les obliger à retirer des contenus.

Le projet de loi mentionne 21 types de délit criminel allant de la diffamation, l'insulte, la menace de mort, l'incitation à la haine, le meurtre à l'exhibition de

⁴⁰⁷ Voir les réserves du Comité européen de la protection des données (EDPB) https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/statement022021onbudapestconventionnewprovisions_fr.pdf

⁴⁰⁸ www.coe.int/fr/web/cybercrime/-/second-additional-protocol-to-the-cybercrime-convention-adopted-by-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe

⁴⁰⁹ www.coe.int/fr/web/cybercrime/-/second-additional-protocol-to-the-cybercrime-convention-adopted-by-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe

symboles illégaux. Titré *Loi NetzDG (Netzwerkdurchsetzungsgesetz* ⁴¹⁰ *ou Facebook Act ou Network Enforcement Act* ⁴¹¹, ci-après *NetzDG*), il s'applique aux médias sociaux à visée commerciale ⁴¹² et ayant au moins deux millions d'utilisateurs enregistrés en Allemagne. Il prévoit une amende allant jusqu'à 50 millions d'euros ⁴¹³ si des contenus signalés ne sont pas supprimés dans les vingt-quatre (24) heures, ainsi que l'obligation de fournir tous les six mois un rapport (dit de transparence) sur le nombre et le traitement des signalements reçus. Il est néanmoins accordé un délai supplémentaire de six (6) jours pour examiner les cas problématiques. Le projet de [151] loi oblige aussi les réseaux sociaux à dévoiler l'identité des auteurs de contenus haineux et, en cas de manquement, permet d'imposer une amende allant jusqu'à 5 millions d'euros aux responsables du réseau social gérant les plaintes. À l'instar de la directive européenne de 2000, le projet de loi comporte une faille, la non-obligation des plateformes de prévenir le rechargement (« *re-uploads* ») de contenu illégal.

Les formations de gauche votent contre l'adoption de la loi et les Verts (Greens) s'abstiennent mais la loi est adoptée et entre en vigueur en janvier 2018. Dès les premiers jours de son application, un cas de censure fait polémique. Le compte Twitter d'une députée du parti d'extrême droite Alternative pour l'Allemagne, Beatrix von Storch, est suspendu, ainsi que celui d'un magazine satirique Titanic qui a parodié ses propos. L'opposition à la loi s'élargit aux Free Democrats et à l'Association des éditeurs de journaux allemands (The Economist 2018). Le débat s'étend. Les opposants estiment la loi liberticide, car les plateformes censureront des discours légitimes par peur d'amende et domineront ainsi les débats publics par leur pouvoir de contrôler les contenus.

Pour sa part, Facebook proteste publiquement et rappelle qu'elle emploie 7,500 modérateurs de messages. Le 11 septembre 2018, pour la première fois et alors que se discute un projet de loi en France, l'entreprise met de l'avant l'ampleur de la tâche de modération et ses difficultés (Le Monde 2018⁴¹⁴) : « *Ce pingouin est-il nazi ?* ». C'est le type de question à laquelle les équipes de modération doivent ré-

⁴¹⁰ <https://perma.cc/RW47-95SR>

⁴¹¹ <https://perma.cc/7UCW-AA3A>

⁴¹² WhatsApp, Media, Telegram sont exemptés, car ils concernent des communications individuelles.

⁴¹³ L'amende serait appliquée uniquement en cas de non prise en considération répétée, sinon systématique, des plaintes d'internautes. Son montant dépendrait de la taille du réseau, soit de 15 millions d'euros pour deux millions d'utilisateurs à 50 millions d'euros pour plus de 20 millions d'utilisateurs

⁴¹⁴ www.lemonde.fr/pixels/article/2018/09/12/facebook-devoile-le-fonctionnement-de-ses-logiciels-de-moderation-des-images-contenant-du-texte_5353948_4408996.html

pondre chaque jour pour plus d'un milliard de photographies et de vidéos postés par les utilisateurs de Facebook et d'Instagram. Pour ce faire, les équipes disposent de différents systèmes de triage automatique des messages signalés par les utilisateurs. Mais, si ces logiciels peuvent facilement analyser et trouver des mots-clés problématiques dans les messages textes, leur tâche est plus complexe pour les images qui contiennent du texte⁴¹⁵. Facebook ne convainc guère les autorités en [152] charge de l'application de la loi et la première sanction prononcée le 2 juillet 2019 sera contre Facebook.

Six mois après l'entrée en vigueur de la loi, un rapport fait état de ses effets. Selon les données du *Counter Extremism Project* présentées par William Echkson et Olivia Knodt (2018, 7), la loi n'a pas donné lieu à un nombre plus important de signalements que durant les mois précédant sa mise en application. Quelque 500,000 messages illégaux ont été notifiés par les internautes à Facebook, YouTube, Twitter et Change.org, pour insulte, diffamation ou appel à la haine ; 21% de ceux signalés à Facebook, 10,8 % de ceux signalés à Twitter, 26 % de ceux signalés à Change.org et 27 % de ceux signalés à Google ont été retirés, en majorité dans le délai prescrit de vingt-quatre (24) heures, sauf dans le cas de Facebook.

Les chercheurs concluent que la *NetzDG* ne conduit pas à la suppression d'une forte proportion de messages illégaux par précaution. Mais une question est soulevée (Untersinger 2019a) : les internautes allemands méconnaissent-ils la loi et signalent-ils des contenus en fait légaux ou y-a-t-il indulgence des plateformes ? Faute d'accès aux messages signalés ou retirés, la question reste sans réponse et les deux chercheurs allemands reprochent à Facebook d'avoir rendu le formulaire de

⁴¹⁵ Dans ce cas, le système nommé Rosetta en référence à la pierre de Rosette utilisée par Champollion pour déchiffrer les hiéroglyphes égyptiens, cumule plusieurs briques logicielles confrontées à l'analyse du texte capturé par les appareils photo ou des textes ajoutés en surimpression par les utilisateurs. Dans une première étape, un réseau neuronal, un système d'intelligence artificielle qui s'améliore au fur et à mesure de son usage, détecte les zones de l'image qui semblent contenir du texte. Un second réseau neuronal analyse le contenu des zones pour y détecter des caractères, quelle que soit leur langue, et transcrire le message en version texte. Ce qui permet une analyse automatique de ces textes pour voir s'ils sont conformes (ou non) à la politique de modération de contenus de Facebook (interdisant notamment les discours haineux). À ce stade de développement, Rosetta est efficace pour les textes en alphabet latin, mais reste limitée pour les langues qui utilisent d'autres alphabets, reconnaît Facebook. Un modèle unique pour des langues très différentes risque d'être médiocre pour chacune d'entre eux, explique l'entreprise, qui affirme continuer à investir dans cette technologie mais qui note que ses progrès sont limités par l'absence, dans certains langages, d'importantes bases de données d'images annotées qui peuvent servir à « entraîner » ses logiciels. https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/09/12/facebook-devoile-le-fonctionnement-de-ses-logiciels-de-moderation-des-images-contenant-du-texte_5353948_4408996.html

signalement difficilement accessible aux internautes, avec pour effet probable d'avoir minimisé le nombre de signalements de contenus problématiques en vertu de la *NetzDG*. Il demeure que malgré la taille de Facebook, la plateforme ne représente que 0,27 % des contenus signalés répertoriés par l'étude (1,704 versus 241,827 à Google). William Echikson et Olivia Knodt arrivent à une autre conclusion : la *NetzDG* ne remplit pas son objectif d'éradiquer les contenus extrémistes d'internet. En fait, selon leur enquête, seul le BfV, le service de renseignement allemand, trouve un avantage à la loi, laquelle compliquerait le recrutement par l'extrême droite violente.

Les mêmes chercheurs pointent une difficulté amplement traitée par la CSC, la définition de la haine, les tribunaux allemands ayant rendu des décisions contradictoires en la matière. De ce fait, ils estiment la situation des plateformes difficile, car elles s'exposent au risque de fortes amendes si elles ne suppriment des propos illégaux, ou au risque d'être citées en justice si elles effacent des contenus légaux. Mais, selon un décompte du ministère de la Justice allemand, au 27 juin 2019, 1,047 plaintes ont été déposées contre les réseaux sociaux pour refus de suppression et le 2 juillet 2019, les autorités allemandes prononcent contre Facebook ⁴¹⁶, la première sanction en vertu de la *NetzDG*, soit une amende de deux millions d'euros pour ne pas avoir notifié aux autorités tous les contenus supprimés.

[153]

Une critique ultérieure de la *NETZDG* sera d'une autre nature et propose un mode de contrôle strict des gestes haineux et non des propos. Jacob Mchangama (2022), un défenseur d'une liberté d'expression sans limites, estime que les élus allemands errent en affirmant que l'arrivée au pouvoir du parti nazi a tenu à la complaisance de la République de Weimar à son égard. Il rappelle les mesures de censure prises par le régime de Weimar pour endiguer la diffusion de l'idéologie nazie et pointe l'absence de mesures répressives des actes de violence physique des partisans d'Hilter. J. Mchangama estime que la répression sévère de ces actes devrait être l'objectif premier de la lutte contre la haine raciale.

Un examen des effets de la *NetzDG* par le gouvernement est prévu en 2021-2022. Mais, en juin 2021, un amendement à la loi vient resserrer son application. Les fournisseurs de médias sociaux doivent, à la suite d'une plainte, fournir aux autorités policières le nom de tout internaute partageant un contenu qui pourrait être jugé criminel (sont majoritairement en cause des propos haineux). Ils doivent également fournir la date précise de la diffusion publique du contenu. L'amendement donne au Bureau fédéral de la Justice (Bundesamt für Justiz) le

⁴¹⁶ https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/07/04/lutte-contre-la-haine-en-ligne-l-impossible-bilan-de-la-loi-allemande_5485218_4408996.html

droit d'imposer des amendes et d'appliquer la nouvelle clause avec tous les moyens nécessaires (§ 4a.)

En juillet 2021, Google Ireland Ltd, Meta Platforms Ireland Limited, Twitter International Unlimited Company, et TikTok Technology Limited intentent un procès pour atteinte à la vie privée et font appel de la dernière mesure auprès de la Cour administrative de Cologne. Un porte-parole de Google explique (Reuters 2021 ⁴¹⁷) :

Network providers such as YouTube are now required to automatically transfer user data en masse and in bulk to law enforcement agencies without any legal order, without knowledge of the user, only based on the suspicion of a criminal offence. This undermines fundamental rights, we have therefore decided to have the relevant provisions of the NetzDG judicially reviewed by the competent administrative court in Cologne.

Le 1^{er} mars 2022, la Cour décide de l'appel de Google's et Meta's (Library of Congress 2022 ⁴¹⁸). Selon la Cour, l'amendement viole en partie la loi de l'Union Européenne et ne peut être appliqué avant le jugement final de l'ensemble des causes (non encore prononcé en septembre 2022).

[154]

La *Loi Avia* en France, 2018

Depuis 1972, selon l'article 24 de la *Loi sur la liberté de la presse*, la provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison d'une origine ethnique ou nationale, d'une appartenance raciale ou d'une religion, est passible d'un an de prison et d'une amende. En février 2018, un projet de loi fortement inspiré de la loi allemande (Untersinger 2019b) est annoncé par E. Macron afin de remplacer la *Loi de confiance sur l'économie numérique* adoptée en 2004, avant la diffusion de Facebook en France. Le projet vise toute plate-forme usant d'accélérateurs de contenus, i.e. créant de la viralité). Dé-

⁴¹⁷ <https://www.reuters.com/technology/google-takes-legal-action-over-germanys-expanded-hate-speech-law-2021-07-27/>

⁴¹⁸ <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2022-03-30/germany-administrative-court-of-cologne-grants-google-and-facebook-interim-relief-holds-network-enforcement-act-partially-violates-eu-law/>

posé en mai 2018 par Laetitia Avia (La République en Marche, LRM), il comprend cinq points principaux :

1. l'obligation pour les plateformes numériques, de retrait sous vingt-quatre (24) heures de messages signalés comportant un appel à la haine ou à la violence en raison d'un critère de discrimination illicite (ethnie, race, religion, genre, orientation sexuelle, handicap), ou un contenu terroriste ⁴¹⁹ ;
2. Un mode de signalement unifié pour les victimes, soit un bouton d'alerte unique rendu disponible par toutes les plateformes ;
3. L'obligation pour les plateformes, de lever l'anonymat des commettants ;
4. Une peine de prison d'un an et 250,000 euros d'amende pour le représentant d'un réseau social ou d'un moteur de recherche refusant à tort de supprimer un contenu, et une sanction contre les réseaux sociaux récalcitrants, pouvant atteindre 4 % de leur chiffre d'affaires mondial, soit éventuellement des amendes de plusieurs dizaines de millions d'euros ;
5. Le blocage des sites diffusant des propos haineux.

Le projet comprend une série de mesures annexes. Les réseaux sociaux ont l'obligation d'expliquer aux internautes, notamment à ceux âgés de moins de 15 ans, les règles pour poster des contenus, le mode d'interprétation des contenus par les plateformes et les risques encourus à publier des contenus haineux. Ils doivent encore décrire périodiquement les résultats de leur lutte contre les contenus haineux. Par ailleurs, un Observatoire de la haine en ligne regroupant entreprises du numérique, associations et chercheurs est prévu, ainsi qu'un rapport annuel de l'application de la loi présenté par le gouvernement.

[155]

La proposition délègue aux grandes plateformes du Web, la décision de supprimer tel ou tel contenu illégal sous peine d'importantes amendes. Comme en Allemagne, s'ouvre un débat public sur un risque de censure par un acteur privé, alors qu'une autre disposition soulève une forte opposition. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), et non une autorité judiciaire, est chargé de contrôler

⁴¹⁹ Dans les cas d'incitation à des actes terroristes et de diffusion d'images pédopornographiques, le délai est d'une heure.

l'application de la loi. Le projet de loi ⁴²⁰ propose la création d'un parquet composé de six magistrats spécialement formés et désignés par le ministère de la Justice. Cette instance traiterait les contenus haineux signalés mais aussi les plaintes pour injures non publiques, envoyées par e-mail, sur Twitter ou WhatsApp par exemple. En cas d'actes isolés, elle dirigerait l'affaire vers le parquet du domicile de l'auteur présumé ; en cas d'actes groupés ou d'actes graves, elle enquêterait elle-même et disposerait d'un droit de réquisition des réseaux sociaux afin d'identifier les agresseurs. De plus, sans recours à un juge elle pourrait empêcher la rediffusion d'un contenu supprimé et demander au fournisseur d'accès à internet de bloquer le site concerné.

La proposition connaît un barrage de critiques pointant un double risque de surcensure par les plateformes, l'un lié à leur crainte de poursuites légales, l'autre au pouvoir qui leur est conféré de décider de la nature d'un contenu haineux. M. Untersinger (2019b) rapporte quelques uns des arguments avancés :

« On aura une autorité administrative qui sanctionnera des réseaux sociaux pour des questions liées à la liberté d'expression : cela pose question », résume Sacha Ghozlan, président de l'Union des étudiants juifs de France, alors que pour d'autres critiques, cette approche « entérine le modèle de modération » des grandes plates-formes.

Le juge coûte trop cher ! Les plates-formes font déjà de la modération : on va donc les encadrer et cela aboutit à des modérateurs en Malaisie qui regardent des contenus terroristes. Mais personne ne veut assumer cela politiquement ⁴²¹.

Le risque de censure et de transfert de responsabilité et de pouvoir à des entreprises privées est écarté par le secrétaire d'État au numérique, qui rappelle qu'il s'agit « *de mettre fin au sentiment d'impunité et d'enlever les contenus les plus haineux, les actes les plus antisociaux qui détruisent le lien social* ». Cependant, en juin 2018, le Parlement français vote une loi de protection des données personnelles [156] (Journal Officiel de la République Française 2018) et en juillet 2019,

⁴²⁰ https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/lutte_contre_haine_internet ; Untersinger 2019b. https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/07/05/haine-en-ligne-que-contient-la-proposition-de-loi-dont-l-assemblee-vient-de-terminer-l-examen_5485769_4408996.html - https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/07/03/l-assemblee-examine-la-loi-contre-la-haine-en-ligne-qui-veut-muscler-la-moderation-du-net_5484551_4408996.html

⁴²¹ https://twitter.com/AntonioCasilli/status/1146286551091044353?ref_src=twsrc%5Etfw

l'Assemblée nationale adopte un projet de loi imposant une taxe de 3% sur le chiffre d'affaires réalisé sur son territoire par les GAFAs ⁴²².

La Commission des lois du Sénat introduit 45 amendements au projet de *loi Avia* et supprime l'obligation pour les plateformes de retirer dans les 24 heures tout contenu haineux. Ce faisant, le délit de non retrait d'un contenu est supprimé. Selon la Commission sénatoriale, la disposition encouragerait le retrait de contenus licites aux dépens de la liberté d'expression. Cet argument, également avancé par la Commission Européenne, sera repris à de maintes reprises dans d'autres forums de débat nord-américains et européens. Le Conseil constitutionnel invalide le projet le 18 juin 2020 ⁴²³ et la loi est promulguée le 24 juin 2020 (*Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* ⁴²⁴).

La loi australienne, 2019

Le 15 mars 2019, à Christchurch en Nouvelle Zélande, des attaques par des membres de groupes d'extrême droite contre deux mosquées font 51 morts et 49 blessés. Les fusillades sont diffusées sur internet.

À la suite de la diffusion de ces meurtres à large échelle sur les médias sociaux, Microsoft dit perfectionner les outils permettant d'identifier les contenus violents extrémistes, ainsi que le mode de signalement par les internautes. Quant au Parlement australien, il adopte en urgence en avril 2019, une loi pour amender le *Code criminel*, le *Sharing of Abhorrent Violent Material Act* ⁴²⁵. Le matériel visé comprend les enregistrements audio et vidéo d'actes violents (« *abhorrent violent conduct* »), ainsi que tout matériel « *that reasonable persons would regard as being, in all circumstances, offensive, and is produced by one, or two or more persons each of whom is engaged in the abhorrent violent conduct* », soit le meurtre, la torture, le viol ou l'enlèvement (ou encore un acte terroriste) (474.31.1 a,b,c). Les fournisseurs de services internet et les hébergeurs informés de la diffusion de tel matériel doivent aviser dans un délai de temps raisonnable (« *reasonable time* »), les ser-

⁴²² <https://www.publicsenat.fr/article/politique/1-assemblee-adopte-le-projet-de-loi-de-taxation-des-gafa-142642>

⁴²³ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>

⁴²⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042031970>

⁴²⁵ En 2019, il existe en Australie une loi fédérale (*Racial and Religious Tolerance Act*, 2001) et des lois des États, contre la diffamation et la calomnie sur base raciale, ethnique, genrée ou religieuse (« *anti vilification laws* »). Elles permettent des recours au civil, sauf dans deux États où des recours au criminel sont possibles (Queensland, New South Wales).

vices de police et retirer rapidement le contenu en cause (« *expeditious removal of the material* »).

[157]

La loi est considérée par le procureur général d'Australie, Christian Porter, comme une première sur le plan international pour contraindre les plateformes de médias sociaux à assumer davantage de responsabilités pour les contenus qu'elles diffusent. Elle criminalise lesdits « *contenus violents odieux* » et elle permet de condamner les entreprises de médias sociaux qui ne suppriment pas ces contenus rapidement après décision d'un jury, à des amendes représentant jusqu'à 10 % de leurs bénéfices annuels. Elle permet encore de condamner leurs dirigeants à des peines allant jusqu'à trois ans de prison.

La loi est conçue sans participation d'entreprises ou d'experts technologiques et les plateformes s'y opposent fermement. Elles avancent que la loi nuira aux relations de l'Australie avec d'autres pays, car elle exige une surveillance active des internautes de toute la planète, et elle criminalise les contenus republiés sans que les entreprises le sachent. « *Cette loi, conçue et adoptée en cinq jours sans aucune consultation sérieuse, ne résout en rien le discours de haine, qui était la motivation fondamentale des attentats terroristes tragiques de Christchurch* », déclare Sunita Bose, directrice générale de Digital Industry Group Inc., un groupe de défense représentant Facebook, Google et d'autres sociétés. « *Avec les énormes volumes de contenu téléchargés sur Internet chaque seconde, il s'agit d'un problème extrêmement complexe qui nécessite une discussion avec le secteur de la technologie, des experts juridiques, les médias et la société civile pour trouver la bonne solution* » déclare encore S. Bose. D'autres critiques invoquent les contestations judiciaires, notamment sur trois points. L'Australie pourra-t-elle prendre des mesures à l'encontre des entreprises sans siège ou représentant dans le pays ? L'Australie a-t-elle le droit d'imposer des pénalités basées sur le profit à des entreprises puissantes comme Facebook ? Le manque de précision quant au délai prescrit pour la suppression de contenus (« *rapidement* ») ne conduira-t-il pas à de longs procès et à des discussions techniques (Fassinou 2019).

[157]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

2.5.

L'attentisme d'un gouvernement libéral canadien, 2015-2019[Retour à la table des matières](#)

Alors que polémiques, débats et mesures législatives se multiplient en Europe et dans d'autres pays du Commonwealth, le contrôle de la haine en ligne demeure une question ouverte au Canada. En novembre 2015, un gouvernement libéral arrive au pouvoir. Au nombre de ses promesses électorales, il inscrit la lutte contre la haine en ligne. Mais en dépit de pressions de groupes issus des minorités, a fortiori de l'attentat à la Mosquée de Québec en janvier 2017, et de rapports de consultations publiques en faveur d'une prompté législation pour le contrôle des crimes haineux, de 2015 à 2019, le gouvernement fédéral n'adopte aucune mesure, si ce n'est pour encadrer le rôle des plateformes dans la vie politique, en particulier dans le jeu électoral.

[158]

Au printemps 2017, le gouvernement dépose le projet de loi C-76 visant à contrer toute ingérence dans le processus électoral ⁴²⁶. Le projet modifie la *Loi électorale du Canada* et d'autres lois, et il clarifie les infractions liées à la publication de fausses déclarations et à la participation des étrangers aux élections, comme l'incitation à voter ou à s'abstenir de voter. Le projet est sanctionné le 13 décembre 2018.

Le 4 avril 2017, le Comité permanent du Patrimoine canadien (CPPC) de la Chambre des Communes (2018, 7) adopte une motion à l'effet que :

⁴²⁶ <https://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-76/premiere-lecture>

Le gouvernement devrait : a) reconnaître qu'il faille endiguer le climat de haine et de peur qui s'installe dans la population ; b) condamner l'islamophobie et toutes les formes de racisme et de discrimination religieuse systémiques [...] c) demander que le CPPC entreprenne une étude sur la façon dont le gouvernement pourrait établir une approche pan-gouvernementale pour la réduction ou l'élimination du racisme et de la discrimination religieuse systémiques, dont l'islamophobie.

En février 2018, dans son rapport de consultations, le CPPC liste trente (30) recommandations, dont les suivantes (Chambre des Communes 2018, 5-7) :

Établir des normes nationales uniformes relatives à la collecte et à la gestion des données sur les crimes et les actes haineux, [...] normaliser la définition et l'interprétation des crimes haineux par les organismes d'application de la loi.

Créer une base de données nationale sur les crimes et les actes haineux en vue de les analyser.

Collaborer avec Statistique Canada pour élargir l'accès aux renseignements sur les délinquants qui commettent des crimes haineux et leurs motivations.

Mandater les ministères compétents et encourager les partenaires au niveau provincial et municipal à offrir aux victimes d'autres options pour signaler les crimes et les actes haineux, que le signalement aux forces de l'ordre.

Le rapport donne lieu à des polémiques. Le Parti Conservateur reproche au Comité, l'usage du terme d'islamophobie et l'affirmation sans fondement d'un « *climat de haine et de peur dans la population* » (Parti Conservateur 2018, 85-87) :

[...] les statistiques disponibles sur les crimes haineux au Canada ne permettent pas de confirmer l'affirmation en cause. Des données comparables sont disponibles pour les années 2009 à 2016. En 2009, 1,482 [159] incidents ont été déclarés. Le nombre d'incidents a ensuite chuté à 1,167 en 2013, pour remonter à 1,409 en 2016. Pendant cette période, la population canadienne est passée de 33,6 millions à 36,3 millions d'habitants. Par conséquent, au prorata de la population, les incidents haineux sont passés de 4,4 incidents pour 100,000 habitants en 2009 à 3,9 incidents pour 100,000 habitants en 2016, soit une diminution de près de 13 % en fonction du nombre d'habitants. De juin à octobre 2018 le gouvernement fédéral lance des consultations publiques sur le numérique, afin de « comprendre comment le Canada peut stimuler l'innovation, préparer les Canadiens à l'avenir du travail, et instaurer un climat de confiance relatif à l'utilisation des données personnelles »⁴²⁷. Les thèmes principaux proposés sont l'emploi, l'innovation, l'impact sur le

⁴²⁷ <https://ised-isde.canada.ca/site/consultations-nationales-numerique-donnees/fr/consultations-nationales-numerique-donnees-resultats>. Voir la liste des participants à chaque table ronde.

recrutement d'immigrants, l'impact de l'économie numérique sur les Autochtones et les femmes, la protection de la vie privée et la gestion des données personnelles collectées sur la toile. Sont consultés 550 Canadiens lors de 30 tables rondes menées auprès d'individus considérés comme des leaders en innovation numérique. Participent en nombre des représentants d'entreprise ⁴²⁸, des universitaires, des organisations défendant les droits des femmes et de services aux immigrants, et trois organismes autochtones (Centre de gouvernance de l'information des Premières Nations, First Nations Technology Council, Animikii (9-19 octobre 2018)).

Le même été 2018, en août, Taylor Owen et Edward Greenspon, des spécialistes des médias digitaux, publient *Democracy Divided : Countering Disinformation and Hate in the Digital Public Sphere*. Ils proposent dans ce texte une série de mesures destinées à prévenir la propagation de fausses informations et de propos haineux dans la sphère publique, dont l'introduction d'une disposition similaire à l'article 13 de la *LCDP*, abrogé en 2013 par le gouvernement conservateur de Stephen Harper :

Require the publishers of online content to identify themselves,
 Make internet companies legally liable for the content that appears on their platforms,
 Require platforms to identify “bots”, automated social media accounts used to amplify messages,

[160]

Subject algorithms to regular audits by independent authorities and, as is being recommended in other jurisdictions, make these audits publicly available while protecting the intellectual property of the algorithms themselves,

Reintroduce a non-criminal remedy to investigate and respond to hate speech, along the lines of the anti-hate provision of the Canadian Human Rights Act, repealed in 2013 amid concerns it muzzled free speech,

Require much greater transparency for political advertising on digital media,

Design a “meaningful” way for Canadians to consent to the collection and use of their individual data, which would also apply to databases amassed by political parties.

La diffusion en direct sur le web, le 15 mars 2019, d'une attaque meurtrière contre deux mosquées à Christchurch (Nouvelle-Zélande) et une recrudescence de

⁴²⁸ Par exemple à la table ronde à Vancouver, C Tech Association, DigiBC, Microsoft Vancouver, MDA Corporation, Lighthouse Labs, Magnify Digital, Capilano University, Pacific Institute for the Mathematical Sciences, STEMCELL Technologies, IQB Information Technologies, Virtro, Microsemi.

crimes haineux au début de 2019 ⁴²⁹ réactivent le débat sur le contrôle des actes haineux.

En mars 2019, le Comité permanent sur la justice et les droits de la personne de la Chambre des Communes amorce une étude sur la haine en ligne et entend plusieurs témoins, dont Bernie Farber, président de l'Anti-Hate Network ⁴³⁰ :

I'm a huge proponent of reviewing law and order to create tools necessary to fight hatred. [...]

However, let's remember that the Supreme Court of this land found section 13 to be constitutional. The government of the day still went ahead and repealed it and took away a tool that we desperately need if we're going to get even close to being even with the game. [...]

My suggestion is that we take Mr. Farooq's suggestion in terms of a review that will give us ongoing protection down the line, and that we also look at an immediate way of returning section 13—or a facsimile thereof—tweaked to ensure it doesn't cause any more administrative issues but is available for us to use. Right now, we have only one tool and that is subsection 319(2) of [161] the Criminal Code. It's kind of like taking a cannon to kill a fly, when we could use a civil remedy that we know works quite well.

Au cours de son témoignage il ajoute :

On section 13, let me emphasize that I don't think there is anything wrong with section 13. I'm backed up by the Supreme Court of Canada, which found not once but twice, that it is perfectly constitutional. It may leave some people uncomfortable, but murder and hatred leave me even more uncomfortable. If it leaves a few people uncomfortable, tough luck. I think we have to have what we have to have. It's constitutional.

⁴²⁹ Selon Statistique Canada, le nombre de crimes haineux est de 2,073 en 2017. Les principales victimes sont des Musulmans, des Juifs et des Noirs. Les crimes haineux visant une religion (41 %) ont augmenté de 83 % en un an (151 % dans le cas des Musulmans, 349 cas, soit 210 de plus qu'en 2016). La hausse s'est produite en Ontario (+124) et au Québec (+76). Les crimes antisémites se sont aussi multipliés, surtout en Ontario et Colombie britannique (au total 221 cas en 2016, 360 en 2017) (Moreau 2021). En 2018, les chiffres montrent une baisse à 1,946 mais au début de 2019 la situation est à nouveau négative (Bruemmer 2019 ; Gaudet 2017), et on compte 1,946 crimes rapportés à la police en 2019 (Moreau 2021).

⁴³⁰ <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/JUST/meeting-148/evidence#Int-10614608,%20transcription%20du%209%20mai%202019>.

De nombreuses organisations issues des populations victimes d'actes haineux participent au débat sur un « nouvel » article 13. B'nai Brith, Friends of Simon Wiesenthal, Center for Holocaust Studies, Mosaic Institute, Centre for Israel and Jewish Affairs ⁴³¹ (ex-Canadian Jewish Congress), Evangelical Lutheran Church in Canada, Evangelical Fellowship of Canada, United Church, Presbyterian Church, Anglican Church, Federation of Black Canadians, Ghanaian-Canadian Association of Ontario, South Asian Legal Clinic of Ontario, Iranian Canadian Congress, Armenian National Committee of Canada, Centre for Israel and Jewish Affairs, Canadian Women's Foundation, Women's Legal Education and Action Fund, LGBTQ2S+ et Pride Centre of Edmonton témoignent et/ou déposent des mémoires. Pour la première fois dans l'histoire des débats sur l'article 13, sont présentes des associations sikh (World Sikh Organization of Canada), Bahai (Bahá'í Community), judaïque (Canadian Rabbinic Caucus) et musulmanes (Alberta Muslim Public Affairs Council, Windsor Islamic Council, Windsor Islamic Association, Centre culturel islamique de Québec, Ahmadiyya Muslim Jama'at, National Council of Canadian Muslims).

Le président de cette dernière organisation (NCCM), M. Farooq, suggère une revue de la législation et Shimon Koffler Fogel, président du Centre for Israël and Jewish Affairs, propose de rétablir l'article 13 en incluant des clauses strictes de protection de la liberté d'expression ⁴³². Participent encore au débat Richard Warman, Mark Steyn, Amnistie International, Canadian Civil Liberties Association, les Commissions des droits de la personne du Canada et de la Saskatchewan, la GRC, le ministère du Patrimoine, qui, tous, demandent de rétablir l'article 13 ⁴³³.

[162]

Le rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, présidé par Anthony Housefather, *Agir pour mettre fin à la haine en ligne/Taking Action to End On-line Hate* ⁴³⁴, est présenté aux Communes le 17 juin 2019. Il rappelle la fréquence des crimes haineux au Canada et la nécessité de combattre la haine motivée par le racisme, le sexisme, l'antisémitisme, l'islamophobie, la transphobie et autres formes de bigoterie fondées sur des critères illicites de discrimination. Il propose quatre lignes d'intervention respectant la liberté d'expression protégée par l'article 2b) de la Charte canadienne et qui relèveraient du ministère de

⁴³¹ Center for Israel and Jewish Affairs 2018.

⁴³² Paez 2019, 3.

⁴³³ <https://www.ourcommons.ca/Committees/en/JUST/StudyActivity?studyActivityId=10543157>

⁴³⁴ En français : <https://publications.gc.ca/site/fra/9.875183/publication.html>

la Justice, Patrimoine Canada ayant le mandat de la régulation des plateformes de médias sociaux (Chambre des Communes 2019, 43-46 ⁴³⁵) :

- * tenir des statistiques sur la haine en ligne et prévoir des ressources pour appuyer la collecte de données dans les institutions gouvernementales et dans les organisations de la société civile, et ainsi faciliter les signalements des actes et crimes haineux directement à des organisations de la société civile qui ressemblent aux communautés des personnes victimisées plutôt qu'à des représentants des forces de l'ordre ;
- * trouver le moyen d'éduquer les gens sur ce qu'est la haine en ligne, notamment augmenter le financement accordé aux organismes d'application de la loi, aux procureurs de la Couronne et aux juges afin que ces derniers reçoivent une formation suffisante sur l'importance et la nécessité de lutter contre la haine en ligne ;
- * établir un recours civil pour ceux qui estiment que leurs droits ont été violés aux termes de la LCDP, que cette violation soit survenue en ligne, en personne ou dans les formats imprimés traditionnels. Ce recours pourrait passer par le rétablissement de l'ancien article 13 de la LCDP ou par l'inclusion d'une disposition semblable à l'ancien article 13 dans la LCDP et qui tiendrait compte de la prévalence de la haine dans les médias sociaux.
- * obliger les plates-formes en ligne et les fournisseurs de services Internet à supprimer rapidement toute publication constituant de la haine et à présenter aux utilisateurs, des données sur les actes de haine (nombre de signalements, suppressions de contenu, délai d'intervention) sous peine de sanctions monétaires considérables.

Le rapport pose aussi quelques questions : les victimes pourraient-elles initier elles-mêmes une procédure de plainte ou seule une Commission des droits de la personne serait-elle habilitée à faire cela ? La section 810 - 810.2 du *Code criminel* [163] ne pourrait-elle pas être amendée et comporter une protection contre un acte haineux que des informations valides et autres éléments raisonnables laissent craindre ? L'obligation d'obtenir l'accord du procureur général pour initier une poursuite pénale selon la section 319(6) du *Code criminel*, ne pourrait-elle pas être supprimée ?

⁴³⁵ 42^e législature, 1^{re} session, juin 2019.
www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/JUST/Reports/RP10581008/justrp29/justrp29-e.pdf

[163]

Liberté d'expression c. égalité

Deuxième partie

2.6.**La régulation canadienne,
2019-2022****La Charte canadienne du Numérique, 2019**[Retour à la table des matières](#)

Le mois précédent, le 21 mai 2019, le ministre de l'Innovation, de la Science et du Développement économique a présenté la *Charte canadienne du Numérique*⁴³⁶ (*Digital Charter*) (ci-après *Charte du numérique*) qui doit assurer aux internautes un contrôle accru sur leurs données personnelles⁴³⁷ et faire du Canada un chef de file de l'économie mondiale numérique basée sur les données (ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique, 2019). Le ministre d'expliquer dans la préface du document décrivant la *Charte du numérique*⁴³⁸ :

Les données ont le pouvoir de permettre des recherches et des innovations révolutionnaires, en favorisant la robotique, l'intelligence artificielle (IA) et l'Internet des objets. Cependant, les Canadiens [...] s'inquiètent du fait que les avancées en matière de collecte, de gestion et d'utilisation des données soient fondées sur un socle solide de confiance et de transparence entre les citoyens, les entreprises et le gouvernement.

⁴³⁶ <https://www.canada.ca/fr/innovation-sciences-developpement-economique/nouvelles/2019/05/le-ministre-bains-presente-la-charte-canadienne-du-numerique.html>

https://publications.gc.ca/collections/collection_2019/isde-ised/Iu4-259-2019-fra.pdf

⁴³⁷ Lors d'une entrevue en 2020, le ministre de la Justice déclarera : « We began with the Digital Charter about a year ago, which articulates a vision of consumers and individuals having more control over their data ». <https://www.nationalmagazine.ca/en-ca/articles/people/qa/2020/interview-with-david-lametti>

⁴³⁸ https://publications.gc.ca/collections/collection_2019/isde-ised/Iu4-259-2019-fra.pdf - p. 4-5.

Il existe également de réelles préoccupations concernant le contenu extrémiste violent en ligne. J'étais fier d'accompagner le premier ministre à Paris en mai 2019, où le Canada a signé l'appel à l'action de Christchurch, un engagement mondial visant à éliminer les contenus extrémistes terroristes et violents en ligne.

Le document, dont l'intitulé complet est Charte canadienne du Numérique : La confiance dans le monde numérique, présente dix principes, qui permettent ⁴³⁹ « de veiller à ce que la vie privée soit protégée, à ce que l'innovation fondée sur les données soit centrée sur l'humain, et à ce que les [164] organismes canadiens puissent mener la course mondiale dans le domaine des innovations qui tirent le meilleur parti des avantages de l'économie numérique ».

Les principes sont ⁴⁴⁰ :

1. Accès universel, i.e. accès des Canadiens au monde numérique et aux outils utiles pour le faire, i.e. connexion, littéracie, connaissances de base ;
2. Sureté et Sécurité, i.e. intégrité, authenticité et sûreté des services, et sentiment de sécurité en ligne ;
3. Contrôle et consentement, i.e. contrôle par les internautes des données qu'ils partagent, et protection de leur vie privée ;
4. Transparence, portabilité et interopérabilité : i.e. accès aisé des internautes à leurs données personnelles et usage aisé de ces données ;
5. Gouvernement numérique ouvert et moderne, i.e. accès simple et sécurisé aux services du gouvernement ;
6. Règles équitables, i.e. garantie par le gouvernement d'une concurrence équitable sur le marché en ligne pour faciliter la croissance des entreprises canadiennes et l'innovation dans le champ numérique, tout en protégeant les consommateurs des abus du marché ;
7. Bien commun, i.e. assurer un usage éthique des données sur internet en vue promouvoir un climat d'ouverture et d'améliorer la vie des gens au Canada et ailleurs dans le monde ;

⁴³⁹ <https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/fr/charte-canadienne-numerique-confiance-dans-monde-numerique - p.1>.

⁴⁴⁰ https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/sites/default/files/attachments/Digitalcharter_Report_FR.pdf - p. 18.

8. Démocratie solide, i.e. assurer la défense de la liberté d'expression et une protection contre les menaces en ligne et la désinformation minant l'intégrité des élections et des institutions démocratiques ;
9. Exemption de haine et d'extrémisme violent ;
10. Application rigoureuse et réelle responsabilité, i.e. sanctions claires et sévères pour toute violation des lois et règlements à l'appui de ces principes.

La *Charte du numérique* est sous la responsabilité du Commissaire à la vie privée, lequel est investi des pouvoirs d'enquête nécessaires pour recevoir les plaintes du public. Elle dote les citoyens de droits nouveaux mais ces droits se limitent à l'accès à l'information concernant leurs données personnelles, elle ne régule pas l'activité des plateformes. Son but est essentiellement de créer un nouveau [165] cadre juridique énonçant des principes dont les lois futures viendront préciser la portée exacte. Il s'agit d'un projet de réforme législative en profondeur et sur la longue durée, ce qui implique d'éventuels avancées et reculs.

Mais, en 2019, faute d'un appareil législatif pour mettre en œuvre ses principes, l'adoption de la *Charte du numérique* donne lieu à l'édiction de nombreuses règles et normes pour les secteurs privé et public ⁴⁴¹. Deux organisations interviennent, le Conseil canadien des normes et le Conseil du Trésor du gouvernement fédéral. Le Conseil canadien des normes (CCN ou Standards Council of Canada), rattaché au ministère de l'Industrie, est une société de la Couronne qui, en l'absence de lois, promeut des règles volontaires de standardisation nationale et internationale visant les marchés de biens et de services. Le Conseil du Trésor qui a compétence sur des domaines concernés par l'application de la *Charte du numérique*, définit les grandes orientations de l'administration publique fédérale et gère cette dernière.

En juin 2019, puis en avril 2020, des normes de gestion des algorithmes et de leur usage dans le secteur public sont édictées via des directives émises par le Secrétariat du Conseil du Trésor ⁴⁴². Le document du 11 juin 2019 (Conseil du Trésor du Canada, 2019b) rappelle que les actes impliquant les outils numériques gouvernementaux allant de la propagande haineuse à la discrimination en passant par la

⁴⁴¹ Voir pour l'utilisation des données personnelles par les gouvernements, V. Gautrais et P. Trudel. 2010. *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Thémis.

⁴⁴² Conseil du Trésor du Canada 2019a, b ; <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32601> ; <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592> ; Conseil du Trésor 2020a, b. <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32601> - <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32603> - Voir analyses par Scassa 2021 ; Hong Chang 2019 ; Bitar, Deshaies et Hall 2022.

diffamation discriminatoire visant des groupes identifiables, sont inacceptables. En octobre 2019, un mode d'auto-régulation visant l'industrie privée est adopté par le CCN : *Ethical design and use of automated decision systems* (Standards Council of Canada, 2019a). Il n'est toutefois ni contraignant, ni complété d'un mécanisme de contrôle externe à l'industrie ⁴⁴³.

Cependant, le gouvernement du Canada adopte d'autres mesures que législatives pour lutter contre la haine. Le 25 juin 2019, à la suite de consultations pancanadiennes, il dévoile la *Stratégie canadienne de lutte contre le racisme 2019-2022 : Construire une fondation pour le changement*. Dotée de 95 millions de dollars, cette initiative vise à soutenir les communautés et à améliorer les politiques, les programmes et les pratiques des institutions fédérales. Elle donne lieu au *Programme d'action et de lutte contre le racisme* qui finance des projets d'organismes visant à éliminer les obstacles à l'emploi, à la justice et à [166] la participation sociale des peuples autochtones, des communautés racisées et des minorités religieuses ; le Programme porte une attention particulière aux projets sur la haine en ligne. Le gouvernement investit aussi 4,6 millions de dollars dans la mise sur pied d'un nouveau Secrétariat de lutte contre le racisme qui relève de Patrimoine Canada. Il reconduit jusqu'en 2021 le *Programme de financement des projets d'infrastructure de sécurité pour les collectivités à risque*. Un financement est offert aux organismes privés sans but lucratif qui risquent d'être victimes de crimes motivés par la haine, pour sécuriser les lieux de culte, les établissements d'enseignement privés reconnus par les provinces et les territoires et les centres communautaires. De 2016 à 2021, 1, 214 680 dollars sont accordés à 19 organismes dont 18 organisations juives et une (1) organisation musulmane ⁴⁴⁴. Et, en novembre 2020, le gouvernement nomme Irwin Cotler envoyé spécial pour la préservation de la mémoire de l'Holocauste et la lutte contre l'antisémitisme.

Mais le conflit entre les plateformes numériques et les politiciens s'envenime durant l'année 2020. La France, la Nouvelle-Zélande ⁴⁴⁵, l'Australie ⁴⁴⁶ (Cass

⁴⁴³ Voir Standards Council of Canada 2019a, b ; Goldenberg et Michael 2019.

⁴⁴⁴ https://www.federationcja.org/fr/communications/blogue/federation-cja-programme-de-financement-des-projets-d'infrastructure-de-sacurita-pour-les-collectivitas-a-risque_96020/

⁴⁴⁵ *Privacy Act 2020 New Zealand Legislation*. 2020. *Public Act 2020 No 31* (NZ). <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2020/0031/latest/LMS23223.html> La loi néo-zélandaise renforce la protection des données personnelles des internautes.

⁴⁴⁶ <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20200728034158>.
<https://www.abc.net.au/news/2020-07-31/draft-mandatory-code-conduct-facebook-google-pay-for-news/12510776>
<https://www.lapresse.ca/affaires/entreprises/2020-07-30/medias-l-australie-devoile-son-projet-pour-faire-payer-google-et-facebook.php>

2020) et le Royaume Uni ⁴⁴⁷ prennent de nouvelles mesures, parfois novatrices. Le projet de loi français amorce une réflexion sur le contrôle des effets des algorithmes et le guide britannique invoque le contrôle du design des algorithmes.

En France, le 15 janvier 2020 est déposée à l'Assemblée nationale une *Proposition de loi constitutionnelle relative à la Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes* ⁴⁴⁸.

Selon l'article 1, la présente charte s'applique à tout système qui se compose d'une entité qu'elle soit physique (par exemple un robot) ou virtuelle (par exemple un algorithme) et qui utilise de l'intelligence artificielle. La notion d'intelligence artificielle est entendue ici comme un algorithme évolutif dans sa structure, apprenant, au regard de sa rédaction initiale. Un tel système n'est pas doté de la personnalité juridique et par conséquent inapte à être titulaire de droits subjectifs. Cependant les obligations qui découlent de la [167] personnalité juridique incombent à la personne morale ou physique qui héberge ou distribue ledit système devenant de fait son représentant juridique.

Selon l'article 2, un système tel que défini à l'article premier : – ne peut porter atteinte à un être ou un groupe d'êtres humains, ni, en restant passif, permettre qu'un être ou un groupe d'êtres humains soit exposé au danger ; – doit obéir aux ordres qui lui sont donnés par un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec le point précédent ; – doit protéger son existence tant que cette protection n'entre pas en conflit avec les deux points précédents. Enfin, l'article 3 précise que tout système est initialement conçu pour satisfaire la mise en application pleinement effective des articles de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

En 2020, l'Australie dépose un projet de loi pour obliger Facebook et Google à rémunérer les médias nationaux pour l'utilisation de leurs contenus. En réponse, Facebook menace d'empêcher les médias australiens de partager leurs contenus ⁴⁴⁹ sur ses plateformes. Et en juillet 2020, Facebook rend publique une enquête indépendante sur son respect des droits civils. Commissionnée à la suite de pressions d'activistes ⁴⁵⁰ et de politiciens et d'un boycott de publicité par plus de 1,000 compagnies (*Stop Hate for profit*), l'enquête conclut à un traitement « *too reactive and piecemeal* » et à un manque d'attention aux questions de propos haineux, biais, polarisation et diversité (Heilweil et Ghaffary 2020).

⁴⁴⁷ Information Commissioner's Office 2020, 81 ; McDougall 2020.

⁴⁴⁸ N° 2585 15^e Législature.

https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2585_proposition-loi

⁴⁴⁹ <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1730584/facebook-menace-blocage-medias-australiens-contenus>

⁴⁵⁰ NAACP, the Anti-Defamation League, and Color of Change.

En août 2020, dans une étude de milliers de messages, des chercheurs britanniques (Guhl et Davey 2020) montrent comment des modérateurs de Reddit et de YouTube et des internautes peuvent réduire la présence de thèses négationnistes et comment Facebook, bien que censurant en partie ces thèses, refuse de les classer comme des propos haineux et invoque la légitimité de débats historiques sur ces thèses, dont, pour exemple, la diffusion est interdite en Allemagne et en France (Townsend 2020). Un autre exemple est donné par Guhl et Davey (2020) : « *By analysing the use of the term 'holohoax' we found that the spread of Holocaust denial content dropped significantly on YouTube following changes to their terms of service in 2019. If other platforms adopt similar policies, then this would likely limit the spread of such material* ». Et le 9 septembre 2020, Netflix contribue au débat. Il diffuse le documentaire sur les modes de manipulation des usagers des grandes [168] entreprises de médias à l'aide d'algorithmes les incitant à fréquenter leurs plateformes et utilisant leurs données personnelles à des fins publicitaires (*Social Dilemma, Derrière nos écrans*).

Contenu canadien : le projet de loi C-10 sur la radiodiffusion, 2020-2021

Le 3 novembre 2020, le projet de loi C-10 est déposé en première lecture à la Chambre des Communes du Canada ⁴⁵¹. Il veut rétablir une concurrence entre les diffuseurs canadiens traditionnels et leurs concurrents en ligne, souvent basés à l'étranger, en obligeant ces derniers à diffuser du contenu canadien. Sont visés les diffuseurs vidéo comme Netflix, Apple TV+, Disney+, Crave et Tou.tv, les entreprises de diffusion de musique en ligne comme Spotify, Apple Music et Qub Musique et les médias sociaux sur internet (Labbé 2020)⁴⁵². L'application de la loi rapporterait au gouvernement quelque 830 millions de dollars d'ici 2023, selon le ministre du Patrimoine présentant le projet, Steven Guilbeault.

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) se voit octroyer le pouvoir de désigner les entreprises soumises à la loi, de les obliger à diffuser des contenus canadiens et de leur imposer des amendes en cas de non-conformité à la Loi sur la radiodiffusion. Le projet comporte l'obligation pour

⁴⁵¹ Projet de loi C-10, 43^e législature, 2^e session, 2021. *Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois.*

⁴⁵² Les utilisateurs de ces derniers pourront partager des vidéos et de la musique sans craindre de sanctions.

tous les diffuseurs, traditionnels ou non, de tenir compte des besoins et intérêts des Canadiens en fonction de leur origine culturelle et raciale, de leur statut socio-économique, de leur orientation sexuelle, de leur identité ou expression de genre, de leur âge et de leur éventuel handicap. Par conséquent toute forme de préjudice porté aux besoins et intérêts de ces groupes par le biais des produits et services de ces entreprises devra être considérée dans l'élaboration de ces derniers. Le projet comporte également l'obligation de proposer des émissions sur l'actualité des niveaux local et régional, produites par des Canadiens et reflétant les points de vue de tous, notamment des Autochtones et des Canadiens issus des communautés racisées et ethnoculturelles (Labbé 2020).

Le projet de loi suscite un vent de critiques de commentateurs et des partis d'opposition dans une Chambre des Communes où le gouvernement ne détient pas la majorité des voix. Il est, entre autres, reproché au gouvernement de ne pas respecter ses engagements lors de son élection, soit dans les termes de Michael Geist (2021), détenteur depuis 2015 de la Chaire de recherche du Canada en droit de l'Internet et du commerce électronique /Canada Research Chair in Internet and E-Commerce Law, à l'université d'Ottawa :

[169]

[to] entrench net neutrality, prioritize innovation, focus on privacy rather than surveillance, and support of free expression [...] Now progressive policies appear to mean confronting the web giants with threats of regulation, penalties, and taxes. Cultural sovereignty has replaced innovation as the guiding principle, which has meant the Minister of Innovation, Science and Industry has been replaced by the Minister of Canadian Heritage as the digital policy lead.

M. Geist (2021) émet des premières critiques du projet de loi basées sur des considérations commerciales, i.e. la réduction de la rentabilité des entreprises et du secteur en général au Canada ⁴⁵³, et comment l'imposition d'amende pourrait entraîner un conflit avec les partenaires de l'Accord de libre-échange avec les États-Unis et le Mexique (ALENA devenu USMCA). L'accord entré en vigueur en 2020 limite l'imposition de pareille mesure aux entreprises numériques. M. Geist s'oppose en fait et de longue date, à toute forme de régulation des outils numé-

⁴⁵³ Voir le texte publié par M. Geist sur son blog le lendemain du dépôt du projet de loi : <https://www.michaelgeist.ca/2020/11/cultural-uncertainty-a-closer-look-at-heritage-minister-steven-guilbeaults-timeline-for-internet-regulation/>. La chaire qu'il détient, s'intéresse au commerce numérique « *en mettant l'accent sur le droit d'auteur, la vie privée, les communications et l'économie numérique* ». <https://www.chairs-chaire.gc.ca/chairholders-titulaires/profile-fra.aspx?profileId=840>

riques (à l'exception des lois existantes régulant les discours haineux ou criminels). Puis, M. Geist émet des critiques d'une autre nature ⁴⁵⁴, reprises par Radio-Canada ⁴⁵⁵. Selon ces critiques, les initiatives des Libéraux pour contrer les géants de la toile ont des implications néfastes pour la liberté d'expression, notamment par l'annulation d'une clause qui exemptait de régulation, les contenus générés par les utilisateurs de services de médias sociaux comme Facebook, TikTok, Youtube. Cette annulation signifie selon M. Geist, que le CRTC en viendrait à détenir le pouvoir de réguler les comportements et les paroles sur la toile d'une génération entière ⁴⁵⁶.

Cette posture est assez proche des positions des grandes plateformes dont l'objectif n'est pas d'assurer la protection des droits fondamentaux des Canadiens dans le monde numérique mais de maximiser la protection de droits permettant un maximum de licence, comme quand la liberté d'expression est comprise comme absence de régulation. Cette posture vise plutôt la protection des droits fondamentaux des acteurs numériques, et en particulier le droit de propriété intellectuelle. Soutenue [170] par les plateformes et certains influenceurs, elle contribue à créer un début de controverse au sujet du projet de loi mais elle ne suffit pas à faire reculer le gouvernement.

Le Parti conservateur (PC), le Bloc québécois (BQ) et le Nouveau Parti démocratique (NPD), quant à eux, reprochent au projet de ne pas comporter de taxation des géants de la toile ⁴⁵⁷, ni de redevances pour l'industrie des médias, ni, aux yeux du NPD, d'obligation de financement de la production de contenu canadien par les fournisseurs d'internet. Le ministre répond que d'autres mesures sont prévues pour moderniser le système de radiodiffusion et soutenir la création de contenu audio et audiovisuel canadien et aussi attendre les décisions d'autres pays en matière de taxation des géants du numérique (Labbé 2020).

⁴⁵⁴ <https://www.michaelgeist.ca/2021/04/why-heritage-minister-stein-guilbeaults-own-department-officials-dont-support-his-claims-on-regulating-user-generated-content/>

⁴⁵⁵ <https://www.cbc.ca/news/politics/bill-c10-user-generated-content-1.6007192>

⁴⁵⁶ Pour d'autres commentaires de M. Geist, https://www.linkedin.com/signup/cold-join?session_redirect=https%3A%2F%2Fca%2Elinkedin%2Ecom%2Fposts%2Fmichaelgeist_bill-c-11-now-a-trade-issue-us-warns-canada-activity-6952985886452011009-yoXM&trk=public_profile_share_view
https://www.google.com/search?q=michael+geist&rlz=1C1GCEA_enCA905CA905&oq=mi-chael+geist&aqs=chrome.0.0i355i512j46i512j0i512j0i22i30i7.3183j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

⁴⁵⁷ La taxation des géants du web relève du ministère des Finances.

De fait, quelques jours après le dépôt du projet de loi, en entrevue à l'émission *Les coulisses du pouvoir* sur les ondes de Radio-Canada, le ministre annonce que le Canada participe à une coalition de plusieurs pays en vue de taxer les GAFAs (Google, Apple, Facebook, Amazon) et qu'il s'est engagé à imposer la TPS aux géants du web (Laberge 2020).

Le projet de loi C-10 est adopté en première lecture aux Communes le 21 juin 2021, après deux mois de controverses sur son impact sur la liberté d'expression. Il passe en deuxième lecture au Sénat à l'issue de son parcours en chambre, pour être renvoyé en comité au Sénat le 29 juin 2021 et finalement disparaître de l'agenda vu la tenue d'élections à l'automne 2021.

Parallèlement au projet de loi C-10, le 17 novembre 2020, le gouvernement canadien annonce des normes de contrôle des géants du web et le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie dépose le projet de loi C-11, intitulé *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la protection des renseignements personnels* ⁴⁵⁸.

[171]

Une innovation du projet est l'élévation des algorithmes persuasifs ⁴⁵⁹ au rang d'objets du discours juridique ⁴⁶⁰. Les articles 62 et 63 d'une section nommée « Ouverture et Transparence » listent les obligations des organisations qui, pour la plupart, sont similaires à celles listées dans le *RGPD* de l'Union Européenne :

62 (2). l'organisation rend accessibles

a) la description du type de renseignements personnels qui relèvent d'elle ;

⁴⁵⁸ Projet loi C-11 : Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois. 2020. 2^e sess., 43^e lég. <https://parl.ca/DocumentViewer/fr/43-2/projet-loi/C-11/premiere-lecture>. Au Québec, en juin 2020, est déposé le projet de loi 64 modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels. Pour une analyse du projet de loi 64, voir <https://langlois.ca/protection-des-renseignements-personnels-que-retenir-un-an-apres/>

⁴⁵⁹ L'article 2 du projet de loi C-11 définit ces outils techniques comme suit : « Technologie qui appuie ou remplace le jugement de décideurs humains au moyen de techniques telles que l'usage de systèmes basés sur des règles, l'analyse de régression, l'analytique prédictive, l'apprentissage automatique, l'apprentissage profond et l'usage de réseaux neuronaux (automated decision system) ». L'ensemble des algorithmes utilisés à des fins décisionnelles et dits « algorithmes persuasifs » sont couverts par cette définition.

⁴⁶⁰ Voir pour analyse Phull 2020 ; Scassa 2018.

b) une explication de l'usage des renseignements personnels, y compris la façon dont l'organisation applique les exceptions à l'obligation d'obtenir le consentement d'un individu prévu à la présente loi ;

c) une explication de l'usage des systèmes décisionnels automatisés pour faire des prédictions, formuler des recommandations ou prendre des décisions qui pourraient avoir une incidence importante sur les individus concernés ;

e) la manière de présenter, au titre de l'article 55, une demande de retrait de renseignements personnels ou, au titre de l'article 63, une demande d'accès aux renseignements personnels ;

63 (3). Si l'organisation a utilisé un système décisionnel automatisé pour faire une prédiction, formuler une recommandation ou prendre une décision concernant l'individu, elle lui fournit, à sa demande, une explication de la prédiction, de la recommandation ou de la décision et lui indique la provenance des renseignements personnels utilisés pour faire la prédiction, formuler la recommandation ou prendre la décision (nous soulignons).

Toute organisation traitant des données personnelles se doit de les protéger. Le projet de loi précise les préjudices graves dus à une défaillance des mesures de protection des données personnelles, dont l'humiliation et une atteinte à la réputation (articles 57, 58).

Les règles de transparence édictées sont confiées à la surveillance du Commissaire à la vie privée du Canada. Elles prévoient un mécanisme de recours devant un Tribunal nouvellement créé, le *Tribunal de la protection des renseignements personnels et de la vie privée*, chargé d'entendre les causes liées au non-respect des dispositions prévues à la *Charte du Numérique*, au projet de loi ainsi [172] qu'à toute loi afférente incluant la *Loi sur la protection de la vie privée*. Ces règles se limitent au principe de la transparence et du droit d'accès par les utilisateurs aux données les concernant⁴⁶¹. Aucun mécanisme de contrôle contraignant des algorithmes persuasifs et de leur usage n'est fixé explicitement, mais des conditions à l'usage des données sont imposées qui supposent un tel contrôle.

Dans une déclaration publiée le 19 novembre 2020, le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada soulève la question de la capacité du projet de loi C-11 de « protéger la vie privée dans la société numérique en constante évolution »⁴⁶². Il juge positif que le projet de loi inclue des lignes directrices claires sur l'obtention d'un consentement valable⁴⁶³ (articles 15 à 19), crée de nouvelles obli-

⁴⁶¹ Voir <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/c11.html>

⁴⁶² https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2020/s-d_201119/

⁴⁶³ https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/collecte-de-renseignements-personnels/consentement/gl_omc_201805/

gations de transparence en matière d'intelligence artificielle et accorde au Commissariat de réels pouvoirs d'ordonnance (et non les pouvoirs limités inclus dans la *Charte du numérique*), mais selon lui,

[1]a loi devrait permettre l'utilisation des renseignements personnels aux fins d'une innovation responsable et pour des usages socialement bénéfiques, ce qui va dans le sens du projet de loi, mais dans le cadre d'une loi qui enchâsserait la protection de la vie privée comme un droit de la personne et en tant qu'élément essentiel à l'exercice d'autres droits fondamentaux.

Le projet de loi C-11 permettrait plutôt de nouveaux usages commerciaux des renseignements personnels, sans consentement. Il accorde en effet la même importance à la protection de la vie privée et aux besoins commerciaux des organisations et il souligne l'importance de l'utilisation des renseignements personnels pour l'activité économique. Pour le Commissaire, il n'est guère normal que les droits et les intérêts commerciaux soient sur le même pied.

Le Commissaire s'interroge aussi sur l'imposition de sanctions financières par le nouveau tribunal, lequel serait de fait une instance d'appel de ses recommandations d'infliger une pénalité en cas de traitement non conforme d'une plainte. Les sanctions prévues sont de l'ordre maximal de dix millions de dollars ou de 3 % des recettes globales brutes de l'organisation au cours de l'exercice précédant l'imposition de la pénalité (article 94 (4)).

Un autre type de critique est formulé par M. Geist (2021, 3 mai), il reproche au gouvernement de se détourner des réels enjeux de la puissance des géants du web :

[173]

Few would dispute that an updated tech regulatory model is needed, but evidence-based policies are in short supply in the current approach. For example, the use or misuse of data lies at the heart of the power of big tech, yet privacy reforms have been curiously absent as a government priority. Indeed, Bill C-11 was promoted by Prime Minister Trudeau last November as legislation to give Canadians greater control over their personal information, but under newly named Minister, François-Philippe Champagne, it has scarcely been heard from again.

The government has similarly done little to address concerns about abuse of competition, the risks associated with algorithmic decision-making, or the development of a modernized framework for artificial intelligence. Years of emphasis on the benefits of multi-lateral policy development and consensus-building were unceremoniously discarded in the recent budget in order to commit to a digital services tax in 2022 that could spark billions in tariff retaliation. In fact, the US-Canada-Mexico Trade Agreement that

the government trumpeted as a major success story restricts Canada's ability to even establish a new liability regime for technology companies.

Le projet de loi C-11 ne dépasse pas l'étape de la deuxième lecture à la Chambre des Communes le 19 avril 2021 ⁴⁶⁴. Une version amendée fera partie du projet de loi C-27 ⁴⁶⁵ déposé en juin 2022.

D'autres initiatives fédérales visent un contrôle de la liberté des grandes plateformes de créer avec profit, des systèmes décisionnels automatisés faisant appel aux émotions les plus nocives, la haine, la colère, la répulsion et le dégoût.

Le projet de loi C-36, 23 juin 2021

Durant la campagne électorale de 2019, les Libéraux promettent de lutter contre la haine en ligne, ils exigeront des plateformes de médias sociaux, le retrait de contenus illicites dans les 24 heures suivant leur diffusion, sous peine de fortes amendes. Lors d'un sondage fin septembre 2019 par Forum Research pour le compte du quotidien *The Toronto Star*, 56 % des électeurs sondés estiment que les GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) nuisent à la société et 33 % estiment qu'ils l'améliorent ⁴⁶⁶.

[174]

En dépit de cet état de l'opinion publique et de multiples pressions, début 2021, aucun projet de projet n'a été déposé, mais l'assaut du Capitole aux États-Unis le 6 janvier amplifie le débat sur la régulation des propos illicites et de la désinformation.

Le 27 janvier, des membres de l'opposition soulèvent devant le Comité permanent du Patrimoine canadien de la Chambre des Communes, la question d'une éventuelle proximité, voire collusion, entre Facebook et le gouvernement (à propos de la nomination d'un membre du personnel de Facebook). Sont appelés à s'exprimer le directeur des politiques publiques de Facebook Canada, Kevin Chan, et le ministre du Patrimoine canadien, Steven Guilbeault. Lors de sa comparution, Kevin Chan déclare qu'il n'est plus viable pour les médias sociaux de contrôler eux-mêmes le contenu en ligne et que le temps est venu pour le gouvernement

⁴⁶⁴ <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/43-2/c-11>

⁴⁶⁵ Chambre des Communes, 1^{re} session, 44^e législature.
<https://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/44-1/projet-loi/C-27/premiere-lecture>

⁴⁶⁶ <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1335022/gafa-google-facebook-apple-amazon-microsoft-geants-du-web-big-tech-sondage-canada-taxe>

d'intervenir. Il avance que nombre d'internautes sont insatisfaits de cette situation et désirent une réglementation par une instance publique responsable et démocratique : « *Je pense que ce serait certainement une bonne chose de nous l'imposer, dans la mesure où les législateurs peuvent s'entendre sur l'endroit où cette ligne doit être tracée* ». Le ministre du Patrimoine canadien explique que le gouvernement prévoit un plan en trois volets pour contrer l'influence des fournisseurs de contenu Internet : un premier projet de loi, C-10, déposé aux Communes pour modifier le régime de radiodiffusion, deux à venir, l'un pour imposer les grandes entreprises du web et financer les médias traditionnels, l'autre pour encadrer la diffusion des discours haineux, de la pornographie juvénile et de tout contenu incitant à la violence, et pour créer des sanctions (La Presse canadienne, 2021).

Le 11 février 2021, lors d'une entrevue avec Christian Noël (Radio-Canada)⁴⁶⁷, le ministre du Patrimoine canadien décrit le troisième projet de loi qui, selon lui, devrait être déposé fin février ou début mars 2021.

Le projet créerait un organisme de réglementation responsable de la surveillance des actions des plateformes pour éliminer la diffusion de discours haineux, d'incitations à la violence, d'agressions sexuelles, de pornographie juvénile ou de matériel intime diffusé sans consentement. Faute de quoi, elles se verraient imposer des amendes et éventuellement leurs dirigeants seraient condamnés à des peines de prison. Cet organisme serait formé de personnes disposant d'une expertise en matière de contenu numérique haineux et de liberté d'expression, il ferait enquête et interviendrait auprès des compagnies numériques fautives. Il serait un temps financé par le gouvernement, puis par les entreprises et serait ainsi assuré de disposer de l'indépendance jugée suffisante pour exercer sa fonction.

[175]

Le ministre évoque la possibilité d'interdire l'accès au Canada de certains sites diffusant des idées extrémistes. En effet des groupes extrémistes dont les contenus ont été bloqués sur des plateformes conventionnelles, usent de plateformes plus marginales souvent hébergées sur des serveurs situés dans des pays non démocratiques. Une solution serait que les fournisseurs d'accès internet bloquent la consultation de ces sites ou que les compagnies de carte de crédit cessent de faire affaire avec eux, comme cela a été proposé lors de consultations publiques en Grande-Bretagne. Le ministre dit trouver le modèle australien très intéressant, car la eSafety Commissioner (Commissaire à la cybersécurité) de l'Australie, Julie Inman Grant, reçoit les plaintes du public, facilite les signalements de contenu haineux, fait enquête et peut ordonner au site fautif de remédier à la situation, sous peine de

⁴⁶⁷ <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1769922/chien-garde-numerique-haine-contenus-haineux-internet>

pénalité. Elle doit également éduquer le public sur la sécurité numérique et contre la cyberintimidation.

Le 23 juin 2021, le ministre de la Justice et procureur général du Canada, David Lametti, le ministre du Patrimoine canadien, Steven Guilbeault et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, Bill Blair, annoncent le dépôt du projet de loi C-36, pour « *pour mieux protéger les Canadiens contre les discours haineux et les préjudices en ligne* »⁴⁶⁸. Le communiqué de presse rappelle les faits suivants (*idem*) :

- * Le gouvernement du Canada a pris des mesures pour lutter contre la discrimination et la haine en ligne et hors ligne en signant l'Appel à l'action de Christchurch et en publiant la Charte canadienne du Numérique.
- * Selon les données publiées en mars 2021 par Statistique Canada la police a déclaré 1,946 incidents criminels motivés par la haine au Canada en 2019, soit une augmentation de 7 % ou 129 incidents de plus que l'année précédente. Entre 2018 et 2019, le nombre de crimes déclarés par la police qui étaient motivés par la haine envers une race ou un groupe ethnique a augmenté de 10 %.
- * Une étude menée en 2020 a conclu que les Canadiens utilisaient plus de 6, 600 réseaux, pages, groupes et comptes en ligne sur plusieurs plateformes de médias sociaux pour répandre des opinions misogynes et sur la suprématie blanche ou d'autres idéologies extrémistes.

[176]

Le projet de loi⁴⁶⁹ s'intitule *Lutte contre les discours et les crimes haineux : Modifications législatives proposées de la Loi canadienne sur les droits de la personne et du Code criminel*⁴⁷⁰. Il comporte deux points d'importance.

En vue de faciliter les plaintes des internautes victimes de propos haineux, il propose d'établir une disposition similaire à l'article 13 de la *LCDP* abrogé en 2013 pour, selon ses opposants, violer la liberté d'expression. Le projet de loi crée

⁴⁶⁸ Ministère de la Justice, Communiqué de presse, 23 juin 2021. <https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2021/06/le-gouvernement-du-canada-prend-des-mesures-pour-protoger-les-canadiens>

⁴⁶⁹ <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/lcdch-chshc/index.html>

⁴⁷⁰ Le projet comporte des dispositions concernant d'autres acteurs, car « La construction d'un cadre réglementaire avec des exigences de suppression de contenu implique la prise en compte de l'interaction entre les nouveaux règlements et le rôle des forces de l'ordre et du SCRS (<https://www.canada.ca/fr/service-enseignement-securite.html>) dans l'identification des menaces à la sécurité publique et la prévention de la violence ».

un nouvel acte discriminatoire, la diffusion de discours haineux en ligne. La disposition permettrait comme l'article aboli, de remédier à l'expression de propos haineux sans imposer une sanction criminelle. La définition de discours haineux serait celle avancée par la CSC dans l'arrêt *Whatcott* en 2013 (paragraphe 80) et la même pour sanctionner l'incitation à la haine ou la fomentation de la haine selon le *Code criminel* :

Un discours haineux serait une communication qui, sur le fondement d'un motif de distinction illicite⁴⁷¹, exprime la détestation à l'égard d'un individu ou d'un groupe d'individus, ou qui manifeste de la diffamation à leur égard et diffusé dans un contexte où il est susceptible d'inciter à la détestation ou à la diffamation d'un individu ou d'un groupe d'individus pour l'un ou l'autre des motifs de distinction illicite. Un discours qui exprime de l'aversion ou du dédain ou encore qui discrédite, humilie, blesse ou offense ne répondrait pas à la définition de discours haineux. Cette distinction vise à refléter la nature extrémiste des discours haineux.

Pour appliquer cette nouvelle disposition, la Commission canadienne des droits de la personne obtiendrait des ressources accrues pour traiter les plaintes rapidement et assurerait une protection de la confidentialité des plaignants, des victimes et des témoins en cas de risque de représailles. Et un Fonds de soutien aux victimes de haine serait créé.

Le projet de loi innove également en créant un nouvel engagement, celui de ne pas troubler l'ordre public. Un tel engagement serait une ordonnance judiciaire visant à prévenir une conduite criminelle, il permettrait à un tribunal d'imposer des conditions établies sur mesure pour empêcher qu'un crime soit commis ; il exigerait le consentement du procureur général compétent. Une personne qui craindrait [177] raisonnablement d'être la cible d'un crime haineux ou de propagande haineuse pourrait demander que soit imposé un tel engagement à la personne soupçonnée de vouloir commettre tel délit. La violation de l'engagement entraînerait une peine maximale de quatre ans d'emprisonnement, i.e. la peine imposée pour violation d'autres types d'engagement de ne pas troubler l'ordre public.

La loi proposée s'appliquerait aux utilisateurs d'internet, i.e. leurs communications sur des médias sociaux, leurs sites web personnels, leurs courriels de masse et leurs blogs, ainsi qu'aux exploitants de sites web sauf si leur but principal est « *de permettre aux utilisateurs du service de communiquer avec d'autres utilis-*

⁴⁷¹ Les motifs demeurent la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, l'état matrimonial, la situation de famille, les caractéristiques génétiques, la déficience ou l'état de personne gracée.

teurs du service à l'échelle interprovinciale et à l'échelle internationale sur Internet ». Elle ne s'appliquerait pas aux fournisseurs de services de télécommunications, aux radiodiffuseurs autorisés, réglementés par d'autres dispositions, ni aux exploitants de plateformes de médias sociaux.

Le but principal de la loi proposée est de voir les entités réglementées (les plateformes) rendre les contenus préjudiciables inaccessibles au Canada, y compris les contenus publiés au moyen de systèmes automatisés basés sur des algorithmes. Il décrit la première modalité du contrôle : à la suite du signalement d'un contenu par un internaute, l'entité réglementée devra évaluer si ce contenu est préjudiciable selon la loi. En pareil cas, elle devra rendre le contenu inaccessible au Canada dans les 24 heures suivant le signalement et informer l'auteur du contenu et le signaleur de sa décision, chaque partie pouvant faire appel de cette décision. Le principal reproche fait au projet de loi sera de ne pas forcer les plateformes internet à prendre des mesures pour supprimer les messages haineux, racistes, antisémites et autres.

La nouvelle législation exigerait une transparence des activités des entités réglementées. Elles devraient publier des informations sur le volume et le type de contenu traité à chaque étape de leur processus de modération, ainsi que sur la manière dont elles élaborent et mettent en œuvre les lignes directrices concernant les types de contenu qu'elles interdisent. Elles seraient également tenues de publier des rapports de transparence sur l'utilisation et l'impact, au Canada, des systèmes automatisés qu'elles utilisent pour modérer et retirer des contenus préjudiciables et pour en bloquer l'accès au Canada.

Le projet de loi prévoit la création d'une nouvelle Commission canadienne de sécurité numérique afin de soutenir les trois organismes qui superviseraient et appliqueraient le nouveau régime : le Commissaire à la sécurité numérique du Canada (ci-après le Commissaire), le Conseil de recours en matière numérique du Canada et un Comité consultatif d'experts. Le Commissaire administrerait, superviserait et appliquerait les nouvelles exigences législatives et aurait également pour mandat de diriger des recherches et des programmes et d'y participer, de réunir [178] les parties intéressées et de collaborer avec elles, et d'aider les entités réglementées à lutter contre les contenus préjudiciables en ligne sur leurs services.

Le Conseil de recours en matière numérique du Canada (ci-après Conseil de recours) ⁴⁷² offrirait un recours indépendant contre les décisions de modération du

⁴⁷² La législation exigerait, lors de la nomination des membres du Conseil de recours, la prise en compte d'une expertise diversifiée en la matière et d'une composition reflétant la population canadienne, soit des représentants de la société civile, d'experts juridiques, de commu-

contenu prises par les entités réglementées, comme les plateformes de médias sociaux. Les usagers ayant épuisé tous les recours au sein des entités réglementées, pourraient soumettre leur cas au Conseil de recours qui rendrait des décisions contraignantes sur la question de savoir si un contenu est préjudiciable au sens de la loi et s'il doit être retiré. Le Conseil de recours devrait aussi faire rapport au public pour assurer une transparence de ses opérations et de ses processus décisionnels.

Le Comité consultatif fournirait au Commissaire et au Conseil de recours des conseils d'experts pour éclairer leurs décisions sur par exemple, les nouvelles tendances et technologies de l'industrie et les normes de modération du contenu. Le Comité ne s'impliquerait pas dans les décisions spécifiques de modération de contenu du Conseil de recours, ni dans les activités de réglementation, de conformité et d'application du Commissaire.

Le Commissaire, quant à lui, aurait le pouvoir de recevoir les plaintes des usagers, d'inspecter de manière proactive la conformité, y compris la conformité avec les décisions du Conseil de recours, de publier des rapports publics sur les niveaux de conformité et, dans des cas de non-conformité aux obligations législatives et réglementaires, recommander des sanctions administratives pécuniaires pouvant aller jusqu'à 10 millions de dollars ou 3 % du chiffre d'affaires mondial brut d'une entité – selon le montant le plus élevé – au Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données (proposé dans le projet de loi intitulé *Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte canadienne du numérique* ⁴⁷³). Le Commissaire pourrait aussi saisir les procureurs de toute infraction pour non-conformité à certaines obligations légales, avec des amendes pouvant aller jusqu'à 25 millions de dollars, ou 5 % du revenu mondial brut d'une entité, selon le montant le plus élevé ⁴⁷⁴.

[179]

Les budgets de fonctionnement du Commissaire et du Conseil de recours seraient financés à terme par les entités réglementées, sous la forme de redevances réglementaires.

nautés, de peuples autochtones, de groupes de défense des libertés civiles et des droits des victimes, d'acteurs de l'industrie et de membres du milieu universitaire.

⁴⁷³ <https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/fra/00119.html>

⁴⁷⁴ À titre de recours exceptionnel, il pourrait s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir une ordonnance obligeant les fournisseurs de services de télécommunications à empêcher l'accès à tout ou partie d'un service au Canada qui aurait refusé à plusieurs reprises de retirer du contenu relatif à l'exploitation sexuelle des enfants et/ou au terrorisme

Le projet de loi soulève des critiques. Les députés conservateurs s'y opposent, car à leurs yeux, il générera une masse de plaintes frivoles et limitera le débat public en portant atteinte à la liberté d'expression. Rob Moore, en charge du dossier de la justice, commente : « *The Trudeau Liberals are empowering a bureaucracy to subjectively restrict the rights of Canadians. Giving government and unelected tribunal bureaucrats even greater control on Canadians' expression will erode our fundamental rights* » (Stober 2021a). Le député Alain Rayes explique, pour sa part, que le PC condamne le discours haineux mais croit au droit fondamental à la libre expression, et pour cette raison refuse la « *censure de matériel qui n'est pas de nature criminelle simplement parce que des gens peuvent le trouver offensant* » (Marquis 2021). M. Geist pointe le manque de ressources allouées à l'application de l'éventuelle loi et l'absence de mesures de contrôle des entreprises numériques ⁴⁷⁵.

Des critiques acerbes concernent les effets du projet de loi sur la liberté d'expression des groupes marginalisés, Autochtones, minorités racialisées, travailleurs du sexe. Daphne Keller, directrice du *Program on Platform Regulation* au Cyber Policy Center de l'Université de Stanford (Stanford University) qualifie le texte de liste des pires idées dans le monde (« *It's like a list of the worst ideas around the world* »). La fondation canadienne, Electronic Frontier Foundation (2021), reprend les propos de D. Keller et fait la liste de ces idées « *dangereuses* ». La définition de contenu préjudiciable proposée par le projet pourrait inclure des propos dérangeants et blessants mais légaux (« *speech that is legal but potentially upsetting and hurtful* ») ; le délai de 24 heures pour le retrait de tels propos est aberrant, trop court pour permettre un examen nuancé et contextualisé ; la notification obligatoire à la police de contenu est potentiellement préjudiciable ; l'obligation de stocker les données et le montant des pénalités financières représentent des contraintes handicapant le fonctionnement et la croissance des entreprises concernées par le projet de loi. De plus, « *perhaps the most terrifying aspect of the proposal is that it would create a new internet speech czar with broad powers to ensure compliance, and continuously redefine what compliance means* » et une autre critique, exprimée par le vice-président du chapitre d'Amérique du Nord de l'ONG Internet Society, pointe une ignorance du fonctionnement d'internet par ses concepteurs ⁴⁷⁶ :

⁴⁷⁵ <https://twitter.com/mgeist/status/1407860396514549765>

⁴⁷⁶ <https://www.eff.org/fr/deeplinks/2021/08/o-no-canada-fast-moving-proposal-creates-filtering-blocking-and-reporting-rules-1>

[180]

[...] much of the regulation is left open. Platforms will likely be forced to rely on automated filters to assess and discover 'harmful' content, and users caught up in these sweeps could end up on file with the local cops – or with Canada's national security agencies, thanks to the proposed reporting obligations.

L'auteur de cette appréciation négative d'invoquer encore les effets nocifs de la pénalisation des discours et images liés à la pédophilie sur internet, soit une « *censure* » dévastatrice pour les organismes offrant aide et support aux victimes de pédophilie et aux travailleurs du sexe ⁴⁷⁷.

Google réplique également (Stober 2021b) ⁴⁷⁸. Le délai pour le retrait obligatoire d'un contenu haineux signalé par un utilisateur est trop court et inefficace. Durant le second trimestre de 2021, Google a retiré de la plateforme YouTube, 300,000 des 17,2 millions de vidéos signalés par les internautes et 6,2 millions de vidéos violant ses propres règles de diffusion, ce qui démontre, selon le porte-parole de l'entreprise, combien le signalement n'est pas une solution adaptée aux contenus haineux ⁴⁷⁹. Google met en garde contre la surveillance proactive automatisée qui peut facilement conduire à l'élimination de contenus légalement admissibles, et contre les atteintes à la liberté d'expression du fait d'une sur censure par les plateformes, atteintes qui affecteraient les groupes que la loi veut protéger.

M. Geist (Stober 2021b) estime le projet totalement inadéquat (« *deeply flawed* »). La surveillance proactive automatisée soulève des problèmes inquiétants : « *[That] raises enormous concerns, especially for vulnerable communities, given the potential for bias within these AI systems* ». Vu l'impossibilité d'un examen serré des contenus suspects en 24 heures, des groupes divulguant des discours haineux pourront aisément cibler des activistes anti-haine ⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Parmi les exemples donnés, les travailleurs du sexe ne peuvent plus utiliser des outils qui contribuent à leur sécurité : forums, listes pour rendez-vous, information sur les clients. L'auteur cite d'autres effets de la censure de propos violents : les activistes de Black Live Matters ne peuvent plus poster les messages racistes qu'ils reçoivent. <https://www.eff.org/fr/deeplinks/2021/08/o-no-canada-fast-moving-proposal-creates-filtering-blocking-and-reporting-rules-1>

⁴⁷⁸ <https://globalnews.ca/news/8353819/google-canada-online-hate-plan/>

⁴⁷⁹ Qui comprennent, rappelons-le, les propos haineux, les contenus concernant l'exploitation sexuelle des enfants, le partage sans consentement d'images intimes, l'incitation à la violence et des contenus terroristes.

⁴⁸⁰ Pour d'autres critiques voir <https://globalnews.ca/news/8390694/online-hate-speech-bill-c-36/>

Le projet de loi C-36 ne dépasse pas l'étape de la première lecture le 23 juin 2021 ⁴⁸¹ vu la dissolution de la Chambre des Communes.

[181]

Consultations et Plan national de lutte contre la haine

De nouvelles pressions sont exercées auprès du ministre de la Justice et du ministre du Patrimoine canadien pour l'adoption d'une loi réglementant la haine en ligne. Divers organismes interviennent, dont la Coalition canadienne pour contre la haine en ligne (CIJA) qui regroupe des organisations juives, musulmanes, sikhes et noires. Des mois auparavant, en février 2021, la Fédération canadienne des municipalités, comme l'Union des municipalités du Québec, demandent un renforcement de la législation contre les discours haineux, car dit le président de la Fédération, « *les gouvernements de proximité ne peuvent pas s'attaquer seuls à ces problèmes* » (Marquis 2021).

À l'été 2021, le gouvernement fait part de projets d'intervention immédiate et future. À la suite de consultations nationales, il nommera un groupe consultatif de douze experts (*Expert advisory group*) pour conseiller le ministre du Patrimoine canadien sur comment concevoir un cadre législatif et réglementaire sur la question des contenus préjudiciables en ligne ⁴⁸². Le 29 juillet 2021, il lance ces consultations nationales ⁴⁸³ et présente le contexte de la législation à prévoir en ces termes ⁴⁸⁴ :

⁴⁸¹ <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/43-2/c-36>

⁴⁸² <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/news/2022/03/government-of-canada-announces-expert-advisory-group-on-online-safety0.html> Le Comité terminera ses travaux le 10 juin 2022. Voir Résumé de l'atelier de clôture. <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-atelier-cloture.html>

⁴⁸³ *À vous la parole ! Mobiliser les Canadiens et Canadiennes sur l'approche proposée du gouvernement pour s'attaquer au contenu préjudiciable en ligne.* <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne.html>

⁴⁸⁴ Le texte du projet de loi est placé sur le web du gouvernement fédéral qui recevra les commentaires par courriel. Document technique - Canada.ca (<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/document-travail-technique.html>) in Consultation terminée : Approche proposée du gouvernement pour s'attaquer au contenu préjudiciable en ligne - Canada.ca (<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne.html>)

Les plateformes des médias sociaux peuvent relayer de la propagande haineuse ou terroriste, de même que des conseils en vue d'actes violents bien réels, servir à recruter de nouveaux adhérents aux groupes extrémistes et menacer la sécurité nationale, la primauté du droit et les institutions démocratiques. Dans le pire des cas, la haine et l'extrémisme en ligne peuvent inciter à commettre des actes concrets de violence au Canada comme partout dans le monde, comme on l'a observé le 29 janvier 2017 au Centre culturel islamique de Québec, et le 15 mars 2019 à Christchurch, en Nouvelle-Zélande.

[...] Les plateformes de médias sociaux ont un impact important sur l'expression, la participation démocratique, la sécurité nationale et la sécurité publique. Ces plateformes disposent des outils permettant de modérer les contenus préjudiciables. Les principales plateformes de médias [182] sociaux ont volontairement mis en place des systèmes de modération du contenu qui signalent et évaluent le contenu par rapport à leurs règlements internes. Mais certaines plateformes ne prennent des mesures fermes que de manière ponctuelle. Ces réponses des entreprises de médias sociaux ont tendance à être réactives par nature et peuvent ne pas tenir compte de l'intérêt public au sens large. De plus, les plateformes de médias sociaux n'ont pas l'obligation de préserver les éléments de preuve d'un contenu criminel ni d'aviser les forces de l'ordre de l'existence de contenu criminel, à l'exception de l'obligation de rapporter toute infraction liée à la pornographie juvénile. Une approche plus proactive en matière de signalement permettrait de demander des comptes à ceux qui ont des activités préjudiciables en ligne.

À la suite de consultations publiques se terminant le 25 septembre 2021, Patrimoine Canadien liste dans un rapport une série de failles ou d'imprécisions pointées par les répondants ⁴⁸⁵. Un fournisseur de services en ligne (FSCL) devrait instituer des garanties procédurales donnant accès à des mécanismes accessibles et conviviaux de signalement de contenu préjudiciable, ainsi qu'à sa décision concernant la modération d'un contenu dans les 24 heures suivant son signalement, à moins d'un autre délai notifié par le gouverneur en conseil. Ne comprenant pas si les sites Web personnels, les blogues ou les babillards électroniques sont visés par la réglementation proposée, des répondants critiquent la définition peu claire des entités objets du projet de loi et demandent une liste de facteurs déterminants les définissant.

D'autres répondants critiquent l'inattention du texte proposé à la disparité de capacité des grandes et petites entreprises, notant qu'un fardeau, financier et en ressources humaines, serait imposé aux petites entreprises ; ils souhaitent que les petites plateformes soient exemptées de la loi pour éviter que seuls les FSCL solidement établis soient à même de respecter leurs obligations. Une autre inquiétude

⁴⁸⁵ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/ce-que-nous-avons-entendu.html>

des répondants concerne l'obligation de signalement obligatoire de contenu aux organismes d'application de la loi et de sécurité nationale ; ils craignent l'hypersurveillance par ces organismes des groupes victimes de crimes haineux.

Les répondants recommandent encore que le projet de loi prévoit qu'un FSCL produise et fournisse au Commissaire, selon un calendrier prescrit, des rapports sur le volume et le type de contenu préjudiciable illicite sur son SCL au Canada ou accessible au Canada. Ils recommandent également des rapports sur le volume et le type de contenus modérés, sur les ressources et le personnel alloués aux activités de modération de contenu et sur les procédures, règles, systèmes et activités de modération de contenu, y compris les décisions automatisées et les lignes [183] communautaires. Des participants insistent sur la trop grande diversité des cinq contenus préjudiciables visés par le projet et l'impossibilité de leur appliquer les mêmes règles d'encadrement ⁴⁸⁶. Ils mentionnent aussi qu'un FSCL devrait décrire la manière selon laquelle ils monétisent les contenus préjudiciables ⁴⁸⁷ et, sur le point des sanctions, ils rappellent que toute obligation législative et réglementaire doit être alignée sur les obligations commerciales internationales du Canada, notamment celles découlant de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique. Le document mentionne encore des points concernant le Commissaire ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Rappelons : discours haineux, exploitation sexuelle des enfants, partage d'images intimes sans consentement, incitation à la violence, terrorisme.

⁴⁸⁷ Document technique - Canada.ca (<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/document-travail-technique.html>) in Consultation terminée : Approche proposée du gouvernement pour s'attaquer au contenu préjudiciable en ligne - Canada.ca (<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne.html>)

⁴⁸⁸ « Recommandation 35. Le commissaire à la sécurité numérique devrait superviser et améliorer la modération de contenu en ligne, en faisant respecter les exigences en mobilisant les groupes touchés de manière disproportionnée par les contenus préjudiciables en ligne, comme les femmes et les filles, les peuples autochtones, les personnes issues de communautés racisées, les minorités religieuses, les communautés LGBTQ2 et de diverses identités de genre ainsi que les personnes handicapées, et en se penchant sur les besoins et les obstacles particuliers de ces groupes ». Document technique - Canada.ca (<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/document-travail-technique.html>) in Consultation terminée : Approche proposée du gouvernement pour s'attaquer au contenu préjudiciable en ligne - Canada.ca (<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne.html>)

En juillet 2021, le gouvernement organise deux sommets nationaux sur l'antisémitisme et l'islamophobie ⁴⁸⁹ :

[a]fin de cerner des moyens par lesquels les organisations, les communautés, les personnes et le gouvernement fédéral peuvent travailler ensemble pour sensibiliser davantage le public, améliorer la sécurité des communautés, combattre la désinformation et la haine en ligne, ainsi que pour déterminer les nouvelles mesures nécessaires en vue de combattre l'antisémitisme, l'islamophobie et la violence alimentée par la haine.

Ces sommets et des assemblées publiques organisées dans le pays donnent lieu à quelque 400 recommandations en vue de l'élaboration d'un plan national de lutte contre la haine et de la révision de la stratégie triennale de lutte contre le racisme adoptée en 2019 ⁴⁹⁰.

[184]

Moins d'un an plus tard, le 1^{er} février 2022, le Premier ministre, Justin Trudeau, promet le dépôt d'un projet de loi anti-haine avant le 3 février ⁴⁹¹. Le 4 février 2022, le ministre du Logement, de la Diversité et de l'Inclusion, Ahmed Hussen, annonce l'introduction aussitôt que possible, d'une nouvelle version du projet de loi C-36 à la suite de sa consultation d'experts (Woolf 2022).

En réponse aux critiques comme celle de Mark Buell, vice-président du chapitre d'Amérique du Nord de l'ONG Internet Society, à l'effet que les consultations publiques de 2021 ont envoyé au gouvernement un message clair ⁴⁹², le ministre déclare que le projet de loi C-36 nécessite des ajustements (« *to adjust the proposal* »).

Il précise que le projet de loi à venir comprendra une nouvelle définition de la haine, la création d'un fonds d'aide aux victimes et un engagement de ne pas trou-

⁴⁸⁹ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2022/03/le-gouvernement-federal-lance-des-consultations-nationales-en-vue-du-tout-premier-plan-daction-national-de-lutte-contre-la-haine.html>

Lors du sommet sur l'antisémitisme, I. Cotler présente un plan d'action en dix points et pointe la récente recrudescence d'antisémitisme au Canada.

<https://ivsmagazine.com/2021/11/la-lutte-contre-lantisemitisme-doit-etre-une-priorite-absolue-entretien-avec-le-juriste-irwin-cotler/>

⁴⁹⁰ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2022/03/le-gouvernement-federal-lance-des-consultations-nationales-en-vue-du-tout-premier-plan-daction-national-de-lutte-contre-la-haine.html>

⁴⁹¹ <https://globalnews.ca/news/8586520/online-hate-legislation-canada/>

⁴⁹² « It's clear the legislation needs a complete reboot, and I hope that this time they work with experts who understand how the internet works if they want to get it right ».

bler l'ordre public en diffusant continuellement des propos haineux (sous peine d'une peine maximale de quatre ans de prison). Il ne mentionne pas une exigence exprimée au long des consultations et controverses depuis le dépôt du projet de loi C-36 en juin 2019, à savoir l'inclusion de mesures forçant les plateformes numériques à supprimer les contenus haineux, racistes, antisémites, islamophobes, misogynes.

En février également, rappelant la présence lors des manifestations anti-vaccins, d'un drapeau nazi sur la colline parlementaire, Peter Julian (NDP) dépose une loi privée qui bannirait au Canada la vente et l'affichage des symboles de haine (« *symbols of hate* ») comme les swastikas, les uniformes et insignes nazis et du Ku Klux Klan, et le drapeau confédéré ⁴⁹³.

En mars 2022, le gouvernement annonce des engagements futurs : présenter une nouvelle législation pour lutter contre les préjudices en ligne et pour responsabiliser les plateformes de médias sociaux et d'autres services en ligne pour le contenu qu'ils hébergent ; renforcer la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et le *Code criminel* afin de mieux lutter contre la haine en ligne, créer un Fonds national de soutien pour les victimes de crimes motivés par la haine afin d'aider ces dernières à se faire rembourser les sommes non assurées qu'elles ont dû déboursier, notamment pour les soins de santé mentale, la physiothérapie, les équipements médicaux et les services paramédicaux ⁴⁹⁴.

[185]

Le 29 mars 2022, à la suite de travaux du Secrétariat fédéral de lutte contre le racisme, le ministre Ahmed Hussen lance, jusqu'au 8 mai 2022, une consultation en ligne sur les mesures à inclure dans le *Plan d'action national de lutte contre la haine* ⁴⁹⁵. En sus d'un questionnaire en ligne, des tables rondes réunissent des membres de diverses communautés, des dirigeants communautaires, des universitaires et des militants. Les médias n'y ont pas accès « *afin que les participants disposent d'un espace privé et sûr pour réfléchir et partager leurs expériences personnelles ainsi que leurs recommandations* ».

Un document présente la consultation et pose des questions :

Qui devrait participer ? Chaque personne au Canada est encouragée à participer. Ce questionnaire reconnaîtra les voix de ceux qui ont une expérience vécue, notamment les

⁴⁹³ <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/44-1/bill/C-229/first-reading>

⁴⁹⁴ *Idem.*

⁴⁹⁵ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/plan-action-lutte-contre-haine.html>

Premières nations, les Inuits, les Métis, noires, asiatiques, latino-américaines, arabes, musulmanes, juives, les communautés racisées et confessionnelles, ainsi que les nouveaux arrivants, les femmes, les personnes handicapées et les personnes 2SLGBTQIA+⁴⁹⁶.

- * Selon vous, existe-t-il des programmes qui devraient être renforcés ou introduits dans votre communauté et qui seraient efficaces pour combattre la haine ?
- * Quelles mesures, telles que des formations et des campagnes de sensibilisation, sont nécessaires pour aider ceux qui risquent de tomber dans la propagande haineuse ou de rejoindre des groupes haineux, ainsi que de travailler directement avec les contrevenants ?
- * Quels outils et/ou investissement aimeriez-vous voir développés pour augmenter la sécurité autour de votre organisation/lieu de culte ou quartier ?
- * En termes d'application de la loi et de législation, quelles mesures souhaiteriez-vous voir modifiées, renforcées ou introduites pour lutter contre les incidents et les crimes motivés par la haine, démanteler les groupes haineux et arrêter le flux de financement vers ces groupes ?⁴⁹⁷.

[186]

Figurent aussi des propositions de possibles interventions : créer de nouvelles lois pour s'assurer que les médias sociaux et les médias traditionnels (télévision ou journaux) respectent les normes qui rejettent la haine, rétablir la haine en ligne dans la *LCDP*, introduire dans le *Code criminel* de nouveaux délits liés à la haine qui ne requerraient pas le consentement du Procureur général, créer des sanctions pour le financement et la participation des groupes suprémacistes ; créer une liste des groupes propageant la haine et des commettants de crimes haineux, financer des programmes d'information et de sensibilisation mis sur pied par les communautés victimes de haine, faciliter l'accès à la justice des victimes de haine, collaborer avec les pays alliés à la répression des suprémacistes blancs.

Lors de la campagne électorale, le Parti Libéral s'est engagé à ce que le plan comporte des modifications au *Code criminel*, de la formation et des outils pour les organismes de la sécurité publique et des investissements pour appuyer la littératie numérique et prévenir la radicalisation menant à la violence. Selon le budget de 2022-2023, il est accordé au titre du *Plan d'action national de lutte contre la haine* 85 millions de dollars sur quatre (4) ans pour des projets communautaires par des minorités religieuses et 5,6 millions pour appuyer l'action du représentant spécial

⁴⁹⁶ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/plan-action-lutte-contre-haine.html>

⁴⁹⁷ National Action Plan on Combatting Hate Roundtable -Researchers and Academics – April 11 / Table ronde sur le Plan d'action national de lutte contre la haine-les chercheurs et universitaires – 11 avril.

chargé de la lutte contre l'islamophobie ⁴⁹⁸ dont la mise en candidature est faite le 6 juin 2022.

***Projet de loi sur les nouvelles en ligne,
5 avril 2022***

Le 5 avril 2022, le projet de loi C-18, intitulé *Loi concernant les plateformes de communication en ligne rendant disponible du contenu de nouvelles aux personnes se trouvant au Canada*, est présenté par le ministre du Patrimoine canadien, Pablo Rodriguez. Il fait partie de la législation mise en place pour contrer l'influence économique, sociale et politique des géants du numérique par les pays occidentaux (à l'exception des États-Unis) dont les lois contre la haine en ligne sont un volet. Il veut garantir une rémunération équitable aux médias et la viabilité des nouvelles locales. Le ministre rappelle des faits : plus de 450 médias d'information ont disparu entre 2008 et août 2021, les lecteurs s'informant sur les plateformes numériques et les médias sociaux ; un tiers environ des emplois en journalisme a disparu depuis 2010 ; les revenus publicitaires des entreprises de presse et des journaux locaux ont fondu alors que les revenus de la publicité en ligne atteignent 9,7 milliards de dollars en 2020 et que deux (2) entreprises accaparent 80 % de ces recettes (Patrimoine canadien 2022).

[187]

Le déclin du journalisme, notamment d'analyse, a un impact sur la propagation des propos haineux et d'autres contenus illicites. Les lecteurs s'informant désormais sur les plateformes numériques et les médias sociaux, disparaît le contrôle des contenus et des sources par des corps de professionnels concurrents, quels que critiqués que ces derniers aient pu être comme acteurs de censure, d'interprétation et de biais culturels. Les fausses nouvelles, les thèses complotistes et les idées suprémacistes blanches se diffusent plus aisément, alimentant les biais haineux, racistes, misogynes, intolérants.

Le projet de loi C-18 a pour objectif d'obliger les géants numériques à conclure des accords commerciaux équitables avec les médias dont ils publient les nouvelles et informations sur leurs plateformes ⁴⁹⁹. Il soulève un vent de critiques, notam-

⁴⁹⁸ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/nouvelles/2022/03/le-gouvernement-federal-lance-des-consultations-nationales-en-vue-du-tout-premier-plan-daction-national-de-lutte-contre-la-haine.html>

⁴⁹⁹ Il compléterait le Fonds du Canada pour les périodiques qui a versé 112 millions de dollars aux magazines imprimés, aux journaux non quotidiens et aux périodiques numériques ca-

ment par des commentateurs assidus. Michael Geist publie plusieurs podcasts qui illustrent les points sujets à controverse. M. Geist est favorable à une régulation des grandes plateformes numériques ⁵⁰⁰ pour des raisons différentes de celles du gouvernement canadien.

Le 5 avril 2022, dans un premier podcast, *Here Comes the Online News Act : Why the Government's Media Shakedown is Bad News For Press Independence and Competition* ⁵⁰¹, il définit le projet de loi comme une réponse à des pressions intensives par les médias canadiens et affirme que l'imposition de paiements à Google et à Facebook pour la simple publication de nouvelles, mine l'indépendance de la presse :

Bill C-18 will hand new power ⁵⁰² to the CRTC to oversee what are effectively mandatory payments by Internet platforms such as Google and Facebook for the mere appearance of news on their platforms. This represents nothing less than a government-backed shakedown ⁵⁰³ that runs the risk of undermining [188] press independence, increasing reliance on big tech, and hurting competition and investment in Canadian media.

Mais, selon M. Geist, la faille principale de la législation canadienne est d'ignorer les fondements de l'influence des grandes plateformes ⁵⁰⁴ :

nadiens, en 2020-2021. Il compléterait aussi l'Initiative du journalisme local qui subventionne quelque 200 postes de journalistes dans le pays, avec un budget en 2021 de 60 millions de dollars (Patrimoine canadien 2022).

⁵⁰⁰ « [c]ompanies such as Facebook deserve much of the criticism that has come their way and there is a desperate need for stronger regulatory measures, most notably involving privacy, competition, taxation, and appropriate accountability for foreseeable harms that arise from the platforms ». <https://www.michaelgeist.ca/2022/04/here-comes-the-online-news-act-why-the-governments-media-shakedown-is-bad-news-for-press-independence-and-competition/>

⁵⁰¹ <https://www.michaelgeist.ca/2022/04/here-comes-the-online-news-act-why-the-governments-media-shakedown-is-bad-news-for-press-independence-and-competition/>

⁵⁰² <https://thelogic.co/news/exclusive/new-bill-to-force-big-tech-to-compensate-publishers-to-be-more-transparent-than-australian-model-source/>

⁵⁰³ Définition donnée dans le podcast : « to require compensation without something deserving of compensation. That is best described as a shakedown ».

⁵⁰⁴ Voir le podcast pour les dangers invoqués par M. Geist qui par ailleurs refuse l'idée d'un déclin des médias canadiens et cite des exemples. <https://www.michaelgeist.ca/2022/04/here-comes-the-online-news-act-why-the-governments-media-shakedown-is-bad-news-for-press-independence-and-competition/>

The dominance of Google and Facebook in the digital ad market raises particular concerns, but that is a competition issue, not a news one and requiring the companies to pay for news based primarily on having developed a more successful digital advertising platform is not a supportable policy.

[...] By creating the shakedown subsidy model, the government runs the risk of significant harms. What are some of those harms ? This post discusses five : independence of the press, competition and innovation, compensation without value, reliance on big tech, and administrative and governance risks (nous soulignons) ⁵⁰⁵.

Une autre sorte de critiques s'abat sur un projet de loi anti-haine à l'étude par un Groupe d'experts nommé par le ministre du Patrimoine canadien. Le texte du projet serait une nouvelle version du projet de loi C-36 de juin 2021. Rendu public à la suite d'une demande d'accès à l'information par Michael Geist, il est fortement critiqué pour le risque de censure et d'atteinte à la liberté d'expression qu'il convoie. Marie Woolf (2022b) rapporte :

Online hate law [...] would give the Canadian Security Intelligence Service expanded powers to obtain subscriber information from companies. Online platforms may also have to report some posts to the police and security services.

The law is designed to clamp down on hate speech and abuse – including against women and racialized, Jewish, Muslim and LGBTQ Canadians – by blocking certain websites and forcing platforms to swiftly remove hateful content. But Canadians from some of these groups said the internet is one of the [189] few platforms where free speech is possible for them and that the law could curtail their rights.

Darryl Carmichael, professeur de droit à l'Université de Calgary, formule la même critique : « *[t]he Law risks curbs on racialized and marginalized groups and could lead to their posts being misconstrued as harmful. Black Lives Matter posts have been mistakenly labelled hate speech and removed* ». Il donne un autre exem-

⁵⁰⁵ Un second podcast le 7 avril 2022, *Just How Extreme is Bill C-18 ? It Mandates Payments for Merely Facilitating Access to News*, questionne la constitutionnalité du projet de loi C-18. <https://www.michaelgeist.ca/2022/04/just-how-extreme-is-bill-c-18-it-mandates-payments-merely-for-facilitating-access-to-news/>. Dans ce second podcast, on peut aussi lire « Canadian Heritage Minister Pablo Rodriguez has made a point of contrasting his bill with the Australian code on the same issue. The Australian code (<https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021>) treats three activities as making content available : reproduction of the content, providing an extract of the content (designed to target short blurbs of the stories), or links to the content. While that too is worthy of criticism (the Australian code has actually never been used), it does not cover mere facilitation of access ».

ple : « *posts such as those raising awareness of missing and murdered Indigenous women and girls could also be removed. The result is that the voices of the very groups you seek to protect could be further isolated* ». La crainte d'une censure illégitime en raison de l'usage d'algorithmes est exprimée par nombre de groupes autochtones, racisés, LGBTQ et par le National Council of Canadian Muslims qui prévoient un ciblage de leur site et de leurs activités de contestation ⁵⁰⁶ (Woolf 2022b) : « *Experts say an artificial intelligence algorithm may just pick on keywords, rather than the context or nuance of online remarks, leading to their being misconstrued and triggering the involvement of law enforcement* ».

Des craintes et critiques similaires avaient été formulées par les mêmes groupes en 2021, lors du dépôt du projet de loi C-36. Un changement notable lors du vote du budget de 2022 ⁵⁰⁷ est un ajout au *Code criminel*. L'article 319(2) qui porte sur l'incitation à la haine et la fomentation de la haine est modifié par l'addition d'un paragraphe qui criminalise la fomentation de l'antisémitisme, comme le déni de l'Holocauste ou négationnisme ⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ « The National Association of Friendship Centres, a network of community hubs offering programs and supports for urban Indigenous people, said “Indigenous-led organizing, community and resistance have flourished online,” with protests about “resource extraction and development” relying on social media as “a significant part of their communication strategy. These acts of resistance would easily be framed as anti-government or manifestations of Indigenous cyberterrorism,” it said in its submission, warning of a “risk of governing bodies weaponizing this legislation to identify protests as anti-government » (Woolf 2022b).

⁵⁰⁷ Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022, L.C. 2022, ch. 10, article 332. Elle entre en vigueur le 23 juin.

⁵⁰⁸ (2.1) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement l'antisémitisme en cautionnant, en niant ou en minimisant l'Holocauste est coupable : a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ; b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (Loi no 1 d'exécution du budget de 2022, L.C. 2022, ch. 10, art. 332).

***Loi sur la protection des cyber systèmes essentiels
et Loi de 2022 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique,
juin 2022***

À la mi-juin 2022, deux nouveaux projets de lois sont introduits, C-26 ⁵⁰⁹ (*Loi sur la protection des cybersystèmes essentiels*) porté par le ministre de la Sécurité [190] publique du Canada et C-27 ⁵¹⁰ (*Loi de 2022 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*) porté par le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie.

Le premier projet de loi concerne la protection des infrastructures matérielles et non-matérielles assurant l'intégrité du réseau des télécommunications au Canada. Son objectif est de prendre acte de nouvelles réalités découlant à la fois des tensions internationales entre grandes puissances (États-Unis, Chine, Union Européenne, Russie) et de leurs répercussions au Canada (affaire Huawei) ainsi que de tenir compte d'enjeux régionaux (accès au marché des États-Unis) ou locaux (scandales de fuites de données personnelles à travers le Canada).

Si l'ensemble de ces éléments contribue à expliquer le dépôt du projet de loi C-26, c'est la relation particulièrement étroite qu'entretient le Canada avec les États-Unis qui permet de comprendre la priorité accordée par le gouvernement à la protection des cyber systèmes. Lors de la deuxième lecture du projet de loi C-26, le ministre Mendicino expose les motifs menant au dépôt du projet de loi :

We also know about the inherent threats to our safety and security. Cyber-threats remain a significant national and economic security issue that can threaten that safety. The Canadian centre for cybersecurity's "National Cyber Threat Assessment 2023-2024" found this :

State-sponsored and financially motivated cyber threat activity is increasingly likely to affect Canadians....

Cybercriminals exploit critical infrastructure because downtime can be harmful to their industrial processes and the customers they serve. State-sponsored actors target crit-

⁵⁰⁹ *Loi concernant la cybersécurité, modifiant la Loi sur les télécommunications et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois.* <https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/44-1/c-26>.

⁵¹⁰ *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois.* <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/44-1/c-27>

ical infrastructure to collect information through espionage, to pre-position in case of future hostilities, and as a form of power projection and intimidation.

These activities will not cease. Malicious actors could take advantage of increased connectivity to trigger malicious events that could also potentially have severe effects on our public safety and national security ⁵¹¹.

Le ministre ajoute que cette initiative législative s'inscrit dans une approche plus large de la cybersécurité dictée par les besoins exprimés dans le cadre d'alliances entre le Canada et d'autres États dont le Royaume-Uni et les États-Unis [191] et plus largement l'ensemble des « *five eyes* » (Australie, Nouvelle-Zélande, Canada, États-Unis, Royaume-Uni) ⁵¹² :

Canada's updated framework, established in part 1, aligns with actions taken by our Five Eyes partners, particularly in the United Kingdom. I will add that I recently met with our counterparts in Washington, D.C., not too long ago.

It would allow Canada to take action against threats to the security of our telecommunications sector if necessary. Legislative measures would provide the government with a clear and explicit legal authority to prohibit Canadian telecommunications service providers from using products and services from high-risk suppliers, such as Huawei and ZTE, if required and after consultation.

Le 16 juin 2022, le gouvernement du Canada dépose un autre projet de loi, C-27, dont le titre abrégé est *Loi de 2022 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique* ⁵¹³. Le projet vise à renforcer la législation canadienne sur la protection de la vie privée dans le secteur privé ; à établir des règles pour le développement et la mise en œuvre responsables de l'intelligence artificielle ; et à poursuivre la mise en œuvre de la *Charte canadienne du Numérique* ⁵¹⁴. Conséquemment la *Loi de 2022 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique* comprend trois parties ou lois : 1.

⁵¹¹ Voir le discours du ministre Mendicino, 1^{er} décembre 2022 (2^e lecture), <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/44-1/house/sitting-139/hansard#11966630>

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ Titre au long : *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois.*

⁵¹⁴ <http://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/44-1/projet-loi/C-27/premiere-lecture>
<https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/fr/charte-canadienne-numerique/sommaire-projet-loi-loi-2020-mise-oeuvre-charte-numerique>

Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, 2. Loi sur l'intelligence artificielle et les données et 3. Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données.

La première partie concerne la protection de la vie privée des consommateurs et révisé la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* qui date de plus de vingt ans. Elle modifie les mandats et les pouvoirs du Commissaire à la vie privée du Canada. En matière de lutte contre la haine en ligne, elle constitue une nouvelle version du projet de loi C-11 déposé en 2020⁵¹⁵ dont elle reprend des visées, i.e. donner aux Canadiens la liberté de transmettre d'une manière sécuritaire leurs renseignements d'un organisme à l'autre, ainsi que la [192] possibilité de demander la destruction des renseignements personnels qu'ils ont fournis lorsque ces renseignements ne sont plus nécessaires. Elle accorde au Commissaire à la protection de la vie privée⁵¹⁶ le pouvoir de rendre des ordonnances, notamment pour ordonner à une entreprise de cesser de recueillir des données ou d'utiliser des renseignements personnels ; et elle impose aux organismes non conformes des sanctions pécuniaires allant jusqu'à 5 % du revenu global ou 25 millions de dollars, selon le plus élevé des deux montants, dans le cas des infractions les plus graves. Elle introduit deux points significatifs :

39(1) Une organisation peut communiquer les renseignements personnels d'un individu, à son insu ou sans son consentement, lorsque a) les renseignements personnels sont dépersonnalisés avant la communication et c) la communication est faite pour une fin socialement bénéfique.

39(2) Une fin socialement bénéfique s'entend de toute fin relative à la santé, à la fourniture ou à l'amélioration des services et infrastructures publics, à la protection de l'environnement ou de toute autre fin réglementaire (nous soulignons).

⁵¹⁵ Projet loi C-11 : Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois. 2020. 2^e sess., 43^e lég. <https://parl.ca/DocumentViewer/fr/43-2/projet-loi/C-11/premiere-lecture>. Au Québec, en juin 2020, est déposé le projet de loi 64 modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels. Pour une analyse du projet de loi 64, voir <https://langlois.ca/protection-des-renseignements-personnels-que-retenir-un-an-apres/>

⁵¹⁶ Contrairement aux dispositions du projet de loi C-11 (mort au feuillet), celles incluses dans le projet de loi C-27 font du Commissaire à la vie privée un véritable régulateur plutôt qu'un simple agent chargé de la gestion des plaintes. En vertu du projet de loi, le Commissaire serait doté du pouvoir d'imposer des amendes ainsi que d'exiger des entreprises qu'elles se dotent d'outils de suivi et d'évaluation de leurs produits ou services en fonction des exigences de la loi.

La *Loi sur l'intelligence artificielle et les données* veut renforcer la confiance des Canadiens envers le développement et la mise en œuvre des systèmes d'intelligence artificielle et prévoit de veiller à ce que les systèmes d'intelligence artificielle d'incidence élevée soient développés et mis en œuvre tout en évaluant et en atténuant les risques de préjudices et de préjugés. Elle établit un poste de Commissaire à l'intelligence artificielle et aux données qui appuiera le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie dans l'acquittement de ses responsabilités selon la loi, y compris la surveillance de la conformité des entreprises et la commande d'audits indépendants.

Le projet de loi expose clairement les interdictions pénales et les sanctions connexes lors de l'utilisation de données obtenues illégalement en vue de développements de l'intelligence artificielle et lors d'un déploiement de l'intelligence artificielle causant un préjudice grave. Dans sa troisième section, il propose la mise sur pied du Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données, devant faciliter l'application de la *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs*. Le Tribunal examinerait les recommandations du Commissaire à la protection de la vie privée afin d'imposer des sanctions administratives pécuniaires dans le cas de certaines infractions à la Loi. Le Tribunal offrirait aux organismes et [193] aux particuliers un mécanisme accessible de demande de révision des décisions du Commissaire à la protection de la vie privée. Enfin, le projet de loi entérinerait dans une loi distincte – la *Loi sur les documents électroniques* – la partie de la législation actuelle en matière de protection de la vie privée qui régit l'utilisation des documents électroniques par le secteur public fédéral.

Le projet de loi C-27 ne s'appliquerait pas aux entités fédérales ou gouvernementales mais uniquement à certaines entités privées. Il ne s'appliquerait également qu'aux données transitant d'une province à une autre ou hors des frontières du Canada, et son champ d'application se limite aux activités commerciales ⁵¹⁷.

De nombreuses critiques du projet de loi concernent la définition de l'objet exact de la régulation qui varie d'une section à l'autre (Tessono *et al.* 2022, 10 ;

⁵¹⁷ L'usage et la collecte des données à des fins non-commerciales (au sens défini par la loi) ne sont pas pas couverts. Il est donc possible de s'adonner à ce type de pratiques, incluant les pratiques prohibées par le projet de loi C-27, pour peu que l'activité ne soit pas décrite comme commerciale (ex : politique, sociale, ou autre) au sens de transaction d'affaires (business transactions).

Fraser) ⁵¹⁸. Selon la première loi envisagée, ce sont des « *systèmes décisionnels automatisés* » définis dans les termes suivants :

Technologie utilisant des systèmes basés sur des règles, l'analyse de régression, l'analytique prédictive, l'apprentissage automatique, l'apprentissage profond, des réseaux neuronaux ou d'autres techniques afin d'appuyer ou de remplacer le jugement de décideurs humains (automated decision system).

Selon la seconde loi envisagée, un « *système d'intelligence artificielle* » est défini comme :

Système technologique qui, de manière autonome ou partiellement autonome, traite des données liées à l'activité humaine par l'utilisation d'algorithmes génétiques, de réseaux neuronaux, d'apprentissage automatique ou d'autres techniques pour générer du contenu, faire des prédictions ou des recommandations ou prendre des décisions (artificial intelligence system).

Ainsi les dispositions des différents segments de la loi ne ciblent pas les mêmes objets même si certains systèmes peuvent relever des deux définitions. On remarque également que la seconde définition est plus précise, pour ne pas dire restreinte.

D'autres critiques sont adressées au gouvernement.

[194]

L'approche du projet de loi fait l'objet de critiques de parlementaires et d'universitaires (Tessono *et al.* 2022 ⁵¹⁹) pour son manque de considération des

⁵¹⁸ <https://www.cybersecurepolicy.ca/aida>; <https://youtu.be/yjIaI1KMMdY>. D. Fraser est professeur de droit à Dalhousie University et avocat spécialisé des questions de vie privée au cabinet McInnes Cooper.

⁵¹⁹ Ce consortium de chercheurs présente un rapport énonçant cinq recommandations principales. La dernière recommandation est à l'effet que « *Bill C-27 must address the human rights implications of algorithmic systems* ». Les chercheurs insistent sur la nécessité de prohiber l'usage des données biométriques, d'accorder un droit de recours permettant aux utilisateurs de s'opposer à l'usage de leurs données quel que soit le motif, et de contester les décisions prises les concernant. De plus, les données ciblant l'âge, le handicap ou visant à produire des scores sociaux (« *social scoring* ») au bénéfice des gouvernements devraient être interdites d'utilisation ; et les protections pour les enfants devraient être obligatoirement intégrées par défaut dans tous les systèmes. Les chercheurs critiquent également l'exclusion des entités gouvernementales du champ d'application du projet de loi, ses définitions imprécises ou peu susceptibles d'être applicables dans le présent contexte de chan-

droits de la personne. Le projet cible les préjudices comme l'atteinte à la réputation, les dommages corporels ou psychologiques mais également les pertes financières. Le droit à l'égalité énoncé à l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) est cité dans la définition de « *résultat biaisé* » donnée à l'article 5 de la troisième section mais les obligations des acteurs en la matière sont essentiellement de « *cerner, évaluer et atténuer les risques* » mais non d'éliminer ces risques et d'informer les personnes concernées. La loi semble ainsi autoriser l'usage d'outils pouvant entraîner des discriminations directes ou indirectes sur la base de motifs prohibés par les lois sur les droits de la personne. Il revient ensuite au commissaire ou au ministre de procéder aux vérifications pouvant à terme mener à une sanction. Un processus à première vue long, complexe et dont les résultats semblent difficiles à prévoir.

D'autres critiques portent sur le contrôle à posteriori de l'impact des outils (article 7). D'autres, enfin, concernent l'évaluation des coûts et des bénéfices découlant des outils réglementés. Selon le projet de loi, les préjudices subis par les individus ⁵²⁰ doivent être « *mis en balance* » (« *balanced* ») avec les intérêts commerciaux des entreprises privées. Selon l'article 18.3 du projet de loi :

L'organisation peut recueillir ou utiliser les renseignements personnels d'un individu à son insu ou sans son consentement si la collecte ou l'utilisation est faite en vue d'une activité dans laquelle elle a un intérêt légitime qui l'emporte sur tout effet négatif que la collecte ou l'utilisation peut avoir pour l'individu et si, à la fois

a) une personne raisonnable s'attendrait à la collecte ou à l'utilisation en vue d'une telle activité ;

[195]

b) les renseignements personnels ne sont pas recueillis ou utilisés en vue d'influencer le comportement ou les décisions de l'individu.

gement technologique et l'absence de mécanismes solides de reddition de comptes assurant un contrôle législatif, parlementaire ou autre.

⁵²⁰ Plusieurs expressions incluant le terme 'préjudice' (« *préjudice sérieux, préjudice important, préjudice grave* ») sont présentes dans le projet de loi et la seule occurrence de « *préjudice important* » – non défini – se trouve à l'article 12 de la troisième section. L'article stipule que le responsable d'un système à incidence élevée doit informer le ministre lorsque l'utilisation du dit système cause ou est susceptible de causer un « *préjudice important* ». Seule l'expression de « *préjudice grave* » est définie à l'heure actuelle.

La défense du projet de loi au Communes portée par le ministre François-Philippe Champagne (ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie) s'appuie en réalité sur des considérations essentiellement commerciales. Lors des débats en deuxième lecture, le ministre est explicite ⁵²¹ :

What the member is saying is fundamental. What we want to do with this law is to make sure that we maintain adequacy with the GDPR, which is the law that they have in Europe to protect privacy. I think that is very important. It is important for Canadians, but it is also important for businesses. I think my colleagues on the other side of the aisle will really understand that passing this is fundamental for small and medium-sized businesses across our nation who need to share information with colleagues in Europe to be able to do. This is the best way we can do that (nous soulignons).

La protection des droits de la personne n'apparaît ici que comme un moyen en vue d'une fin marchande consistant à garantir l'accès des acteurs et surtout des entreprises canadiennes au marché européen. En nommant le RGPD (GDPR) le ministre pointe la raison du dépôt du projet de loi, après de multiples tentatives infructueuses d'intervention législative dans le monde numérique.

En vertu des lois européennes, le Canada bénéficie d'une « *décision d'adéquation* » (« *adequacy status* ») depuis 2001 ⁵²², selon laquelle le niveau de protection des données (commerciales) prévu par les lois canadiennes répond aux exigences européennes et permet la libre circulation des données entre les deux économies. De ce fait le Canada détient un avantage comparatif majeur face à ses concurrents et partenaires commerciaux, incluant les États-Unis qui ne disposent plus d'un traitement aussi favorable depuis 2020.

En effet, le 16 juin 2020, par la décision Schrems II ⁵²³, la Cour de Justice de l'Union Européenne invalide la conformité des États-Unis (*EU-US Privacy Shield*) et le Canada demeure la seule juridiction en Amérique du Nord en mesure de faire

⁵²¹ Debates (Hansard) No. 125 - November 4, 2022 (44-1) - House of Commons of Canada, <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/44-1/chambre/seance-125/debats#11908667>

⁵²² Au total quatorze juridictions disposent de ce statut à l'heure actuelle, trois desquelles sont membres des « *five eyes* » alors que quatre autres sont listées par Eurostat comme des centres financiers offshore depuis au moins 2018. https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en ; https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:List_of_offshore_financial_centres)

⁵²³ Arrêt du 16 juillet 2020, Shems II, C-311/18, EUR-Lex - 62018CJ0311, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:62018CJ0311>

librement le commerce des données à la fois depuis et vers l'Union Européenne et [196] depuis et vers les États-Unis. Une révision périodique de cette « *adéquation* » est prévue afin d'assurer le maintien de la conformité aux exigences ⁵²⁴. La prochaine est en 2023, comme l'a souligné le député René Villemure lors des débats en Chambre portant sur C-27 ⁵²⁵ :

Le RGPD est en voie de devenir la norme à suivre en matière de protection des renseignements personnels, parce qu'il est la norme juridique dont les objectifs sont les plus clairs et dont l'application est la plus contraignante. Dit simplement, le RGPD protège bien les renseignements personnels. C'est pour cette raison que c'est la norme dont on doit s'inspirer, mais aussi parce que l'Union européenne projette son pouvoir normatif au-delà de ses frontières.

Afin de protéger les renseignements personnels des citoyens européens, l'Union européenne interdira sous peu aux entreprises européennes de communiquer ces renseignements à des entreprises à l'étranger qui n'offrent pas une protection comparable. Pour le moment, cela ne nous affecte pas encore, mais l'Union européenne procédera l'an prochain à une revue des lois canadiennes pour voir si elles offrent une protection suffisante.

Par le projet de loi, le gouvernement semble vouloir éviter de voir le Canada traité de juridiction de complaisance pour des acteurs ne respectant pas le droit à la vie privée. Son objectif ne semble pas être de réguler les acteurs canadiens ou d'élaborer un modèle canadien en matière de régulation, mais plutôt d'éviter les conséquences économiques d'une absence de régulation pour le Canada et ses entreprises. La protection des renseignements personnels n'est pas la finalité du projet de loi mais un moyen d'atteindre des objectifs marchands. Ainsi peut-on expliquer la volonté gouvernementale de mettre en concurrence les intérêts des entreprises et la protection des données personnelles.

Une étude du Service d'information et de recherche parlementaire de la *Bibliothèque du Parlement* du Canada concernant la protection de la vie privée au Canada, souligne que le projet de loi (Savoie et Thibodeau 2020, 11) ⁵²⁶ : « [...] *cherche avant tout à concilier le droit individuel au respect de la vie privée et le besoin raisonnable qu'ont les organisations de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements à des fins économiques* ».

⁵²⁴ Voir la présentation du service des délégués commerciaux du Canada :

<https://www.tradecommissioner.gc.ca/guides/gdpr-eu-rgpd.aspx?lang=eng>

⁵²⁵ Canada, Parlement, Chambre des Communes, 44^e législature, 1^{re} session, Vol.151, No 125, 4 novembre 2022, p.9358.

⁵²⁶ <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2007-44-f.pdf>

[197]

Vu les failles du projet de loi C27 pointées par de nombreux critiques, les débats sur l'usage et la régulation des outils numériques au Canada ne semblent que commencer alors que, de plus, toute référence aux contenus préjudiciables en ligne, dont le contenu haineux, est absente des initiatives législatives actuelles.

[198]

[199]

Liberté d'expression c. égalité

CONCLUSIONS

La liberté d'expression, fondements et failles

Quatre fondements ⁵²⁷

[Retour à la table des matières](#)

La liberté d'expression est conçue, à ses origines modernes, comme le présupposé du constitutionnalisme libéral (Locke 1690/1992 ; 1695/2007). Cette affirmation est fondée sur deux idées développées par les Libéraux anglais (*Whigs*) au 17^e siècle : la rationalité et la liberté/souveraineté naturelles de tout individu exigent le respect par l'État, de libertés fondamentales dont l'une, cardinale, est d'exprimer publiquement ses idées, opinions, croyances sans censure. En ouvrant le débat public à tous, la liberté d'expression devient un pilier de la démocratie.

En 1938, dans un arrêt célèbre de la Cour suprême du Canada ⁵²⁸, les juges Duff et Davis mettent de l'avant le rôle du débat public et de la critique politique pour la démocratie :

Even within its legal limits, it is liable to abuse and grave abuse, and such abuse is constantly exemplified before our eyes ; but it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions.

⁵²⁷ Entre autres auteurs connus sur l'idée des quatre fondements, Shauer 1982 ; Rosenfeld 2003.

⁵²⁸ Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act ; The Credit of Alberta Regulation Act ; and the Accurate News and Information Act, [1938] SCR 100, p. 133. Dans cette cause, la Cour suprême doit décider de la constitutionnalité des trois lois dont la dernière oblige les journaux à publier la réponse du gouvernement à toute critique formulée à son égard.

Dans le même jugement, le juge Cannon ⁵²⁹ explique comment la démocratie ne peut survivre sans la conjonction de deux éléments : « *free public opinion and free discussion through the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law* ». En d'autres mots, les limites à la liberté de discuter de toute question affectant l'État relèvent de la Common Law et du *Code criminel*.

[200]

De la définition inventée au 17^e siècle pour contrer la puissance d'une monarchie autoritaire et de sa persécution de groupes protestants dissidents ⁵³⁰, s'ensuivent une méfiance envers l'État et une valorisation et une tolérance des propos et des débats contradictoires. S'ensuivent encore l'affirmation de droits de l'individu face à l'autorité monarchique, dont la légitimité de droit divin est déniée, et aussi l'idée d'un épanouissement de l'individu par son émancipation progressive des sources de savoir et d'autorité traditionnelles (Barendt 2007, chapitre 1).

Les auteurs des Lumières, dont Voltaire et Diderot, complètent cette vision de la liberté d'expression comme surveillance de l'État et droit de l'individu de créer ses propres normes. La liberté d'expression permet l'atteinte de la vérité et la participation de tous au processus démocratique, au contrat social ⁵³¹. John Stuart Mill (1859/2012, chapitre 2) reprend l'idée de l'atteinte de la vérité par le débat public, quelques décennies plus tard. Selon lui, aucun individu ne détient la vérité par lui-même, aussi seule son exposition à d'autres points de vue lui permet-elle de distinguer le vrai du faux et le débat public doit-il être l'arène de la concurrence d'idées diverses, contradictoires.

Cette conception de la liberté d'expression reste dominante dans les discours officiels au fil du 20^e siècle et jusqu'à nos jours. Ainsi, en Amérique du Nord, des figures deviennent célèbres pour leur défense de la liberté d'expression contre

⁵²⁹ Reference Re Alberta Statutes, p. 146.

⁵³⁰ L'anglicanisme est déclaré religion d'État en 1620.

⁵³¹ Pour E. Kant (1784a, b), la liberté d'expression est plus que cela. Elle permet à plus d'individus de penser et de devenir rationnels et aptes à gouverner. La raison (politique) n'existe en effet que par la libre critique et la délibération collective (cité par Mohr 2010, par. 6) : « *La raison, dans toutes ses entreprises, doit se soumettre à la critique, et elle ne peut par aucune défense porter atteinte à la liberté de cette dernière sans se nuire à elle-même et sans s'attirer des soupçons qui lui font tort. [...] C'est même sur cette liberté que repose l'existence de la raison ; celle-ci n'a pas d'autorité dictatoriale, mais sa décision n'est toujours que l'accord de libres citoyens, dont chacun doit pouvoir exprimer sans obstacle ses réserves, et même son veto* ».

l'État et comme fondement de l'autogouvernement et voie d'atteinte de la vérité en matière de régulation de la vie sociale.

Le juge de la Cour suprême des États-Unis, Oliver Wendell Holmes Jr., nommé par Théodore Roosevelt en 1902, est une de ces figures emblématiques. On lui doit une analogie devenue centrale dans les débats nord-américains sur la liberté d'expression, celle de « *marché* » pour désigner la sphère des débats publics ⁵³². Dans l'arrêt *Abrams v. United States* en 1919 ⁵³³, il commente :

[201]

When men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based on imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country. [...] Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants making any exception to the sweeping command, “Congress shall make no law... abridging the freedom of speech.”

Une autre figure est Alexander Meiklejohn pour qui la protection de la liberté d'expression est si essentielle à la démocratie qu'il distingue discours public et discours privé, et il requiert pour le second un examen moins attentif, sinon aucun examen, par les juges ⁵³⁴.

La notion de « *marketplace of ideas* » comme théorie fondant la liberté d'expression demeure une idée maîtresse de juges de la Cour suprême états-unienne comme de juges fédéraux qui l'ont reprise des centaines de fois (Schultz

⁵³² Une analogie qui ne figure chez aucun auteur de la tradition libérale européenne classique.

⁵³³ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p. 630. Voir supra, Partie I, chapitre 1. <https://mtsu.edu/first-amendment/article/328/abrams-v-united-states>

⁵³⁴ Cette position est soutenue dans quelques arrêts de la Cour suprême (*New York v. Sullivan* 1964, *Buckley v. Valeo* 1976, *Burson v. Freeman* 1992) et par Robert H. Bork (*Gruberg et Vile* 2009/2017).

2017), dont en matière de propos haineux dans *Matal v. Tam*, en 2017 ⁵³⁵. Elle est défendue actuellement par des auteurs tels que Nadine Strossen et David Cole, au nom de la démocratie. Celle-ci étant comprise comme le droit de tout un chacun de participer à la vie politique, on ne peut supprimer aucune idée, même répugnante ou raciste, sauf si elle convoie une incitation à violence et au désordre public. N. Strossen (2016/2017, 336-337), professeure de droit ⁵³⁶, ex-présidente de l'ACLU pendant dix-sept ans et auteure en 2018 de *Hate : Why We Should Resist It with Free Speech and not Censorship*, rappelle l'idée de base de cette théorie en citant des propos du juge J. Harlan de la Cour suprême des États-Unis : « *We cannot suppress any word without [202] also suppressing an idea, and that we may not suppress any idea* ». La solution pour endiguer la haine est la parole, la controverse, la multiplication des débats avec les groupes et personnes avec lesquels on est en désaccord.

L'idée de marché libre des idées demeure aussi présente dans les arrêts de la Cour suprême canadienne. En 1990, dans l'arrêt *Keegstra*, exposant sa dissidence la juge McLachlin ⁵³⁷ affirme que la liberté d'expression est un préalable essentiel de la recherche de la vérité, car elle favorise un marché d'idées rivales permettant de faire surgir la vérité. Certes, poursuit-elle, la libre expression d'idées ne conduit pas à coup sûr à la vérité et, comme l'histoire le démontre, des idées dangereuses, destructrices et fondamentalement fausses peuvent prévaloir, du moins à court terme. Mais on peut dire ⁵³⁸ :

[q]u'elle contribue, de façons qui seraient impossibles en son absence, à favoriser la recherche de la vérité. Il suffit de prendre le cas de sociétés qui ont restreint la liberté d'expression pour constater combien en souffrent à la fois la vérité et la créativité humaine. Ce n'est pas par coïncidence que, dans des sociétés où la liberté d'expression est sévèrement limitée, la vérité fait souvent place à la propagation forcée d'idées qui peuvent n'avoir que peu de rapport avec les problèmes réels de ces sociétés. Ce n'est pas une

⁵³⁵ Ce jugement est le dernier arrêt de la Cour suprême des États-Unis sur le thème de la liberté d'expression et des propos haineux. Voir pour des jugements d'instances inférieures, Hall 2020 et pour un cas indirectement lié à *Matal v. Tam* (*Iancu v. Brunetti* - 139 S. Ct. 2294 (2019)). <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1528/matal-v-tam>

⁵³⁶ John Marshall Harlan II professeure de droit à New York Law School et présidente de l'ACLU de 1991 à 2008.

⁵³⁷ La juge expose les raisons de sa dissidence de la décision majoritaire de la Cour condamnant J. Keegstra : le paragraphe 319(2) du *Code criminel* sur la propagande haineuse englobe toutes les déclarations fausses, même faites innocemment et par négligence, et ces déclarations bénéficient de la protection de la *Charte canadienne* (arrêt *Keegstra*, p. 164).

⁵³⁸ Arrêt *Keegstra*, p.803.

coïncidence non plus que le développement industriel et économique ainsi que la créativité scientifique et artistique soient freinés dans ces sociétés.

La juge conclut : la restriction de la liberté d'expression en cas de propagande haineuse nie les valeurs sur lesquelles repose l'article 2b de la *Charte canadienne*, soit la valeur de favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées ; la valeur d'un débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés ; et la valeur d'une société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres.

Deux failles, le marché des idées et la rationalité

L'idée de concurrence des idées comme résistance à des normes imposées par l'État, base de la démocratie et source de vérité sociale et d'épanouissement personnel semble présenter quelques failles. Dans les faits, elle peut légitimer les opinions, idées et croyances les plus acceptées par une population, comme aux États-Unis le racisme avant les années 1960. À ce propos en 1991, R. Delgado met en [203] garde contre la glorification de la concurrence des idées sur un mode marchand : « *Racist speech lends credibility to views of the dominant group and disempowers any minority rebuttal, [...] a result at odds, certainly, with marketplace theories of the first amendment* »⁵³⁹. Paul H. Brietzke (1997, 6) avance une critique similaire : le « *marketplace of ideas* » est, selon ses théoriciens et ses tenants, essentiel au fonctionnement d'une démocratie, car il permet aux gouvernements d'adopter des mesures sur la base d'informations issues du débat public, mais

[t]he problem is that we can scarcely recognize the process or system addressed by this assumption, since it amounts to an eighteenth century, Federalist No. 51 kind of democracy. In such a democracy, there is an active public participation, a relative equality among speech inputs and outputs, and a freedom from the overweening influence of organized interest groups, political action committees, media “sound bites”.

Une autre faille, invoquée avec insistance par le Comité Cohen (1966) est la confiance en l'idée de progrès des sociétés occidentales et la croyance en une ra-

⁵³⁹ Selon R. Delgado, la solution face à l'influence de la théorie du « marketplace of ideas » est : « A powerful “narrative jurisprudence” about minority suffering serves as a counterweight to uncritical celebrations of First Amendment doctrines ».

tionalité produite par des échanges libres de contraintes. Dans l'arrêt *Keegstra* ⁵⁴⁰, le juge Dickson reconnaît que la liberté d'expression ne sert pas toujours la recherche de la vérité et qu'il ne faut pas exagérer le rôle de la rationalité dans un marché non réglementé des idées. P. H. Brietzke commente (1997, 8) :

Justice Holmes sounds like a Social Darwinist or an Adam Smith : competition will correct pernicious ideas as the invisible hand of the ideas market (a naturalistic fallacy) guides the truth to victory. If this were indeed the case, we would expect demonstrably false ideas (e.g., the racism reflected in R.A.V.) to have lost influence over time. Instead, we see an ebb and flow in the influence of such ideas [...] Falsity does not seem to aid in the search for this truth, or even in the search for beliefs in which we are most confident and the notion that false ideas provide an "intellectual gym," where minds can be strengthened through exercise, reflects an unduly optimistic assessment of our reactions to falsity.

La croyance en la puissance de la rationalité humaine que convoie la conception historique de la liberté d'expression, a été démentie par des faits historiques contraires aux normes du libéralisme politique, comme du républicanisme (esclavage, Terreur [France], en Europe pogromes, régimes fascistes largement soutenus par les populations, guerres meurtrières, nazisme et Holocauste, massacre de populations dans les colonies, racisme d'État et racisme populaire, etc.). [204] Ces faits portent à un scepticisme vis-à-vis de l'idée de la liberté d'expression comme source de vérité et d'émancipation supposant un laissez-faire de l'État au nom de la tolérance et de la concurrence des idées.

Une autre forme de critique est formulée par S. Fish ⁵⁴¹ et par des auteurs répondant à la question : faut-il punir les propos haineux ? La liberté d'expression, dans son acception classique, tire sa légitimité de la capacité de tout individu d'être rationnel. Ces auteurs critiquent l'universalisme et le caractère abstrait de cette affirmation, car toute valeur et tout droit sont ancrés (« *embedded* ») dans des modes de vie concrets, historiques, culturels, et sont vécus subjectivement selon des normes particulières, non universalistes. Aussi, la nature du contexte culturel et politique et le respect de la subjectivité devraient-ils porter à décider ou non de la sanction légale des propos haineux, comme de tout propos illibéral (anti-démocratique) et intolérant.

Le débat sur ce point est aigu au Royaume Uni lors du vote en 2005-2006 du *Racial and Religious Hatred Act* qui crée des infractions sur l'incitation à la haine

⁵⁴⁰ Section (i).

⁵⁴¹ Voir Partie 1.

basée sur la religion ⁵⁴². Des députés mentionnent trois arguments en faveur de la loi, l'indifférence au vécu des croyants ⁵⁴³, le déni de reconnaissance et de participation sociales subi par ces derniers, et le fait que les personnes prononçant et divulguant des propos intolérants haineux ne contribuent en rien à un débat d'arguments sur le « *marketplace of ideas* ». K. McGuire et M. Slater (2014, 169), des auteurs britanniques, affirment que la liberté d'expression, conçue comme une liberté négative, participe d'une conception atomistique et illusoire de l'autonomie morale de chacun, et se réclamant de l'école communautarienne, ils critiquent le refus de légiférer contre la haine religieuse :

Liberalism fails to recognize religious hate. Crime laws may be understood more positively as protecting a right to dignity, to public order and the right to freedom of religion and belief in ways that relate to the political autonomy and popular sovereignty of citizens within a concrete democratic order [...] Because liberalism, rooted in a natural rights/human rights tradition, typically prioritises the alleged 'moral autonomy' of speakers and writers over citizens' political autonomy, it thereby, contradicts democratic imperatives.

[205]

Les limites à la liberté d'expression

Des tests aux États-Unis

[Retour à la table des matières](#)

Les textes états-uniens, canadiens, européens et internationaux reconnaissent que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit dans certaines circonstances céder le pas à d'autres valeurs. La divergence tient au mode de détermination des limites. Aux États-Unis, il n'existe pas de définition législative du « *hate speech* » mais il existe des limites à la liberté d'expression définies par des doctrines de la Cour suprême. Ces doctrines concernent une ingérence de l'État dans le débat pu-

⁵⁴² Infractions d'usage, de publication et de diffusion de mots, images, matériel écrit, et de manifestation de comportements incitant à la haine religieuse (McGuire et Salter 2014, 163, note 23).

⁵⁴³ La question du sens du voile islamique est alors un sujet commun de controverses : le port du voile est-il imposé aux femmes ou désiré et assumé par celles-ci ?

blic et réfèrent aux notions de « *content neutrality* ⁵⁴⁴ » ou « *viewpoint* », et souvent dans le cas de propos haineux ou/et racistes, elles concernent des menaces (« *true threats* ») ou encore des risques pour l'ordre public (« *danger clear and present* » ; « *fighting words* ») ⁵⁴⁵.

Aux États-Unis une distinction claire est faite entre le domaine du dire et le domaine du faire et tout propos ne peut être sanctionné que s'il conduit à la violence, sinon il est considéré comme une opinion, une idée. Quant aux crimes haineux, ce sont des actes criminels interdits par les lois fédérales ⁵⁴⁶ et sanctionnés plus lourdement si leur motivation est la haine sur la base de la race, la religion, l'orientation sexuelle, le genre ou le handicap. Mais le droit criminel étant principalement une compétence des États et non une compétence exclusivement [206] fédérale comme au Canada où un seul droit pénal s'applique, la législation sur les crimes haineux varie d'un État à l'autre.

⁵⁴⁴ En 1919, le juge Holmes crée la doctrine du « clear and present danger » et suggère de déterminer « whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent ». En 1919, ces dangers sont : viser le renversement du gouvernement, inciter à la révolte violente (« riot »), tuer et détruire des biens. Selon E. Chemerinsky écrivant en 2000 (50-52, 55), la doctrine du « content neutrality », apparue dans les arrêts de la Cour suprême au début des années 1970, serait au cœur de ses analyses des causes concernant la liberté d'expression. Elle signifie selon une décision de la Cour US (*Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972)), qu'un gouvernement ne peut interdire une expression en raison de son message, de ses idées, de son sujet, de son contenu ou de son point de vue. En effet, si le gouvernement pouvait choisir les sujets du débat public, il contrôlerait la recherche de la vérité politique (*Consolidated Edison Co v. Public Service Commission*, 447 U.S. 530, 538 (1980)).

⁵⁴⁵ Rares sont les arrêts qui ont considéré des propos racistes selon l'un de ces divers tests. Dans l'arrêt célèbre, *R.A.V. v. City of St Paul*, la Cour suprême des États-Unis rejette une interdiction municipale de pratiques racistes en un lieu privé ou public, en l'occurrence brûler une croix sur la pelouse d'une famille d'origine afro américaine, en raison de la qualification de propos « that insult, or provoke violence, on the basis of race, color, creed, religion or gender » comme haineux. Le juge Scalia explique la décision par l'obligation de neutralité du message (« content neutrality ») par la Ville. Dans l'arrêt *Skokie v. National Socialist Party*, la même Cour suprême ne considère pas l'exhibition d'insignes nazies comme des « *fighting words* », i.e. convoyant un danger de violence. Dans l'arrêt *Brandenburg v. Ohio*, elle fait de même pour des propos suprémacistes, car, avance-t-elle, ce sont des mots n'incitant pas directement à la violence.

⁵⁴⁶ Il existe des lois fédérales anti-haine avec des objectifs spécifiques, comme la collecte de statistiques ou la facilitation de l'exercice du droit de vote. Les actes criminels en cause sont les voies de fait, l'intimidation, le vol, l'agression sexuelle et le vandalisme.

Le principe d'égalité et le respect de la dignité au Canada

Au Canada, la conception des propos haineux est autre, car les effets individuels et sociaux de la haine, dont ses atteintes au principe d'égalité, justifient une limite à la liberté d'expression.

À partir de 1970 le *Code criminel* sanctionne d'une amende ou d'une peine de prison (deux ans), l'encouragement au génocide, l'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix sociale, et la fomentation volontaire de l'antisémitisme ou de la haine d'un groupe identifiable, autrement que dans une conversation privée. Le *Code criminel* permet aussi la saisie ou la destruction de matériel haineux. À l'opposé, depuis 1977, la *Loi canadienne des droits de la personne* (Walker 2010) et les *Human Rights Codes* ⁵⁴⁷ de provinces ne visent pas à punir la volonté de nuire mais à prévenir les actes discriminatoires ou à indemniser les victimes de discrimination, dont les victimes de haine ⁵⁴⁸. Ce faisant, les Commissions des droits de la personne qui reçoivent les plaintes des personnes subissant des actes haineux, portent une attention aux effets, présents et à venir, individuels et sociaux de l'expression publique de la haine envers des personnes et des groupes protégés contre la discrimination.

Dans l'arrêt *Taylor* en 1990 ⁵⁴⁹, dans lequel pour la première fois le Tribunal canadien des droits de la personne doit examiner l'objectif de l'article 13 de la *LCDP*, l'effet social des propos haineux est considéré une limite à la liberté d'expression : « *Le Parlement a de toute évidence décrété que certains genres de propos doivent être restreints pour le bien public, car la possibilité de causer des préjudices à la société prime sur les avantages qu'offrirait une garantie illimitée de la liberté d'expression* ».

Dans l'arrêt *Keegstra* ⁵⁵⁰, le juge Dickson défend le précepte d'égalité en ces termes :

⁵⁴⁷ Alberta, Colombie-Britannique, Saskatchewan et les Territoires du Nord-Ouest.

⁵⁴⁸ Rappelons que l'article 13 de la *LCDP* considère comme un acte discriminatoire l'usage du téléphone et depuis 2001 l'usage d'internet, pour fomenter la haine au Canada.

⁵⁴⁹ Arrêt *Taylor*, paragraphe 2.

⁵⁵⁰ Arrêt *Keegstra*, p. 169. Nous prenons cet arrêt comme un exemple significatif des débats sur la législation anti-haine au sein de la Cour suprême canadienne. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/695/index.do>

Un autre élément essentiel de la raison d'être de l'al. 2b) est le rôle vital que joue la liberté d'expression comme moyen d'assurer aux individus la possibilité de s'épanouir personnellement en formant et en articulant à leur [207] gré des pensées et des idées. Certes, le par. 319(2) entrave ce processus parmi les personnes dont il limite l'expression [...]

Par ailleurs, ce genre d'autonomie découle dans une large mesure de la possibilité qu'on a d'exprimer ou de développer une identité résultant de l'appartenance à un groupe culturel ou religieux. Le message transmis par des personnes visées par le par. 319(2) exprime une opposition extrême à l'idée que les membres de groupes identifiables devraient pouvoir jouir de cet aspect de l'avantage conféré par l'al. 2b). La mesure dans laquelle la libre diffusion de ce message sert à promouvoir les valeurs de la libre expression doit donc être limitée puisqu'elle préconise avec une virulence démesurée, l'intolérance et les préjugés qui tiennent en aversion le processus de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels de tous les membres de la société.

[...] Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b) [...] La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous.

L'élimination de la propagande haineuse empêche incontestablement la participation d'individus au processus démocratique mais, selon le juge, la propagande haineuse préconise une société qui priverait des individus du respect de la dignité en raison de leurs caractéristiques raciales ou religieuses.

Dans l'arrêt *Keegstra*⁵⁵¹, le juge en chef décrit d'autres effets de l'expression de la haine et rappelle l'avertissement du Comité Cohen :

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne. Conscient de ces dangers, le comité Cohen précise à la p. 61 :

⁵⁵¹ Section (1). Le préjudice causé par l'expression fomentant la haine contre des groupes identifiables.

[208]

Le volume et les effets déterminables de la propagande haineuse distribuée à l'heure actuelle sont probablement trop restreints pour qu'on en conclue à une crise ou à une ébauche de crise [...] dans une certaine conjoncture économique et sociale -- si, par exemple, les tensions émotives s'accroissent ou les affaires tombaient dans un profond marasme -- la susceptibilité du public pourrait fort bien s'accroître de façon notable. En outre, on ne saurait évaluer le tort psychologique et social que la propagande haineuse pourrait causer, tant à une majorité rendue insensible qu'aux groupes minoritaires visés et vulnérables.

Un exemple souvent cité de cette conception canadienne des effets de la parole haineuse est l'arrêt *Mugesera v. Canada* en 2005⁵⁵², dans lequel la Cour suprême estima que la dissémination incontrôlée par les médias, de propos haineux envers les Tutsis conduisit à leur génocide, ainsi qu'à celui de Hutus.

Le refus des effets de la haine

Cette mise en perspective de la liberté d'expression provoque des débats et une polarisation des positions en matière de contrôle des propos haineux⁵⁵³. La visée de la Cour suprême du Canada de trouver un équilibre entre les droits constitutionnels à l'égalité d'un individu ou d'un groupe et le droit d'un individu d'exprimer des propos haineux, ainsi que le rôle des Commissions des droits et leur attention aux effets plus qu'à l'intention d'un acte haineux, sont fortement décriés par les partisans d'une liberté d'expression souvent proche de celle en cours aux États-Unis. Et cette critique demeure active jusqu'à présent, comme en atteste l'opposition au projet de loi contre la haine en ligne envisagé par le présent gouvernement.

L'enjeu du débat est la réalité des effets des actes haineux sur la société et sur les victimes, particulièrement l'effet des propos haineux, soit le caractère performatif du langage. Selon le Rapport Cohen de 1966, des auteurs de la *Critical*

⁵⁵² *Mugesera v. Canada*, (2005) 2 S.C.R.

⁵⁵³ D'autres faits font de la question des effets négatifs de l'expression haineuse un sujet difficilement contournable au Canada. Citons le rapport du Comité Cohen en 1966, la teneur de la *Charte canadienne* adoptée en 1982 et la portée de l'article 2b qui protège les libertés fondamentales, des documents et dispositions qui portent à repenser les fondements de limites à la liberté d'expression. En revanche, les écrits illustrant et théorisant les effets nocifs de la haine restent sans conséquence sur les décisions des cours aux États-Unis.

Theory School ⁵⁵⁴ écrivant durant les années 1980 et selon la Cour suprême du Canada depuis 1990, la parole haineuse porte atteinte à l'estime de soi, au bien-être et à la dignité des victimes, de plus elle restreint leur droit de participer au processus démocratique, [209] et elle limite leur vie sociale en envenimant les relations entre groupes ethniques, raciaux et religieux. Ce faisant elle porte atteinte à la vie en société et à la paix sociale.

La réalité de ces effets demeure cependant controversée en Amérique du Nord et en Europe, comme l'ont montré les débats parlementaires sur l'infraction de haine religieuse en Grande-Bretagne et les disputes autour de la publication de caricatures de Mahomet par le journal *Charlie Hebdo* en France.

Des questions sont posées : Qu'est-ce que la haine (Brown 2017a, b) ? En condamnant l'auteur de propos haineux que condamne-t-on, un état affectif, une passion (Hurd et Moore 2004), une émotion, un désir, une intention (Mathis 2018) ou un effet difficile à définir (MacFarlane 2022, chapitre 2) ? Ne faut-il pas absolument distinguer un domaine du dire et un domaine du faire comme le fait la Cour suprême des États-Unis ? Un débat ouvert et libre n'implique-t-il pas forcément des propos offensants, humiliants, répugnants ? Ou encore, autres questions, faut-il sanctionner uniquement les propos haineux menaçant de violence (Moon 2008) ? Les effets des propos haineux sont-ils réellement dommageables pour la société ? Si oui, comment estime-t-on le dommage causé ? Ou encore, doit-on tenir compte du point de vue de la victime ou uniquement de l'intention du commettant ? Vu peut-être la longue histoire de déni de la souffrance des esclaves et des Afro-Américains aux États-Unis (Torpey 2003), ces questions sont plus souvent abordées par les juges canadiens qu'états-uniens. Elles demeurent néanmoins ouvertes et des objets de controverses et d'opinions très divergentes dans les deux pays.

Pour un exemple canadien de la mise en cause des effets de l'expression de la haine, l'argumentaire du juge Kerans de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Keegstra* ⁵⁵⁵. Le juge convient que la prévention d'atteintes à l'image et au bien-être psychologique des membres d'un groupe ciblé par des propos haineux est un objectif valide d'examen selon l'article premier de la *Charte canadienne*. Il distingue néanmoins la peine causée à une personne et l'effet d'une discrimination systémique. À ses yeux, des propos offensants sont supportables s'ils sont rejetés par l'ensemble de la société mais insupportables s'ils « *provoquent réellement la froi-*

⁵⁵⁴ Rappelons les auteurs ayant marqué la question des effets des propos et crimes haineux (Comité Cohen 1966 ; Delgado 1982 ; Bollinger 1986 ; Matsuda 1989 ; plus récemment Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse 2019).

⁵⁵⁵ Arrêt *Keegstra*, IV. B, IV. Les jugements des tribunaux albertains.
<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/695/index.do>

deur chez les amis et la colère des ennemis » [traduction]. Par conséquent, la propagande haineuse ne peut être un délit que si des personnes en viennent à haïr réellement le groupe ciblé.

Un autre exemple, certes moins élaboré, illustre également le débat persistant ou le jeu discursif tout aussi persistant sur la notion de haine.

[210]

Le procès de Gabriel Sohier Chaput, 2022

Le 28 février 2022, à la suite d'une plainte de B'nai Brith, le procès au criminel de Gabriel Sohier Chaput, un des Néo-nazis les plus connus d'Amérique du Nord, a lieu à Montréal. L'inculpé a participé en 2017 à la manifestation *Unite the Right* à Charlottesville, en Virginie, et il a été l'administrateur de Iron March, un groupe néo-nazi canadien actif entre 2011 et 2017. Iron March est lié à Atomwaffen, un groupe responsable de plusieurs meurtres aux États-Unis (Somos 2019) et il est inscrit au Canada comme entité terroriste depuis 2021 ⁵⁵⁶.

En janvier 2017, G. Sohier Chaput, alors âgé de 35 ans, publie sous le pseudonyme de Zeiger, un texte antisémite sur le site américain *Daily Stormer*. Il risque deux ans de prison et plaide non coupable (Feith 2022). Le texte, également placardé sur des abribus en Colombie-Britannique, comporte des injures et des termes rabaissant les Juifs, ainsi que la promesse d'attaques futures : « *We need to make sure no (social justice warrior) or Jew can remain safely untriggered, it continued. Non-stop Nazism, everywhere, until the very streets are flooded with the tears of our enemies* » (Coutu 2022c). Lors de la seconde journée du procès en mars 2022, le procureur Me Patrick Lafrenière demande à G. Sohier Chaput s'il est conscient qu'une telle affirmation pourrait susciter de vives réactions par les membres de la communauté juive. Il répond : « *J'en étais conscient, mais ce serait une mauvaise interprétation de l'article... Si à chaque fois que j'écris une phrase, il fallait que je m'arrête à toutes les interprétations possibles, ce serait ridicule* ». Selon lui, le *Daily Stormer* est une publication humoristique visant à « *désarmer la gauche* ». Lors de la même journée, il affirme : « *les nazis sont une création d'Hollywood, de la science-fiction. Ça n'a pas de base réelle. Je n'en ai jamais rencontré* » (Coutu 2022c, d).

L'avocate de la défense, Me Hélène Poussard, estime que le texte des affiches est de « *mauvais goût* » mais sans danger et ne saurait inciter une personne à « *la*

⁵⁵⁶ <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scr/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crnt-lstd-ntts-fr.aspx>

détestation et à la haine des Juifs » : « *C'est un article qui n'a pas sa place. Je ne vous dis pas que c'est correct ce qui est écrit. Mais après avoir lu ça, une personne objective ne va pas moins aimer les Juifs et les discriminer* ». Selon l'avocate, le texte de l'affiche incite au mépris et elle rappelle l'arrêt Keegstra : « *Mépriser une personne, la Cour suprême a dit que ce n'était pas suffisant pour fomenter la haine* » (Coutu 2022c). Elle poursuit :

Mon client répond aux gens de gauche qui traitent de racistes et de nazis ceux qui ont des idées plus à droite. Il s'autoproclame nazi pour s'adresser à eux. Il n'a jamais dit qu'il était pour l'Holocauste. Il dit même que ça ne pourrait [211] arriver aujourd'hui et il ne croit pas qu'il y a des gens qui veulent exterminer les Juifs.

Elle avance également que la photo du youtubeur vedette PewDiePie et de la grenouille *Pepe the frog*, un symbole associé à la droite alternative qui illustrent les affiches, prouvent que la publication fait preuve d'humour (Coutu 2022c). Dans une séance ultérieure, le 8 juillet, Me Lafrenière précise que la grenouille a des croix gammées dans les yeux (Coutu 2022d).

Le procès reprend le 8 juillet 2022. Me Patrick Lafrenière a plaidé que des propos haineux ont été publiés :

Sur la page [du Daily Stormer], on voit Adolf Hitler, l'image d'une clé avec la croix gammée et un dessin d'un nazi souriant qui s'apprête à peser sur un bouton pour le gaz. Ce n'est pas banal : on fait référence à l'architecte de l'élimination des Juifs et aux chambres à gaz.

Il a mentionné le caractère antisémite du texte en cause :

Quand on lit dans l'article : « Du nazisme partout sans arrêt », il y a un aspect d'encouragement et d'incitation. Le nazisme, pendant la Seconde Guerre mondiale, est probablement la plus grande démonstration de haine envers les Juifs. Ça va plus loin que des propos offensants et blessants.

Il a aussi plaidé l'évidence du fait que les Juifs ont subi les persécutions des nazis. « *C'est de connaissance judiciaire. Vous n'avez pas besoin de professeur. Ils ont tué six millions de Juifs et les considéraient comme inférieurs et responsables des maux de l'Allemagne et de la société occidentale* » (Coutu 2022d).

Des échanges s'ensuivent sur le lien entre l'Holocauste et le nazisme, i.e. entre la haine des Juifs et l'idéologie du national-socialisme. Selon l'avocate de la défense, il y a confusion entre l'Holocauste et le nazisme :

On joue avec les mots. Selon le dictionnaire, le nazisme, c'est du national-socialisme. C'était une idéologie. Ça ne faisait pas partie du plan initial d'exterminer les Juifs. Et est-ce vraiment six millions de victimes ? Je pense que si des gens sont morts dans des camps de concentration, c'était pour sauver de l'argent.

Le juge Manlio Del Negro intervient : « *Je vous conseille d'arrêter : ce que vous dites n'est pas raisonnable* ».

[212]

Les propos de l'avocate soulèvent des protestations ⁵⁵⁷. Quant au juge, il considère que le procureur n'a pas déposé de preuve démontrant l'effet nocif des propos antisémites publiés par l'accusé : « *Il n'y a aucun doute que les commentaires qui sont faits ici sont des opinions racistes. Mais vous savez qu'être raciste n'est pas un crime* ». Il demande également au procureur pourquoi il n'a pas fait appel à un historien pour démontrer la nature haineuse du régime nazi : « *Est-ce à moi d'aller dans un livre d'histoire et d'en prendre connaissance ?* » Et il demande un débat sur la question de la connaissance judiciaire lors d'une prochaine séance.

Que change la haine en ligne ?

[Retour à la table des matières](#)

La notion de « *marketplace of ideas* » perd définitivement de son efficacité à l'âge numérique. La multiplication des échanges libres sur la toile ne conduit pas à une plus grande rationalité des débats publics, comme l'illustrent nombre d'études et de rapports sur l'augmentation de propos haineux, racistes, homophobes, sexistes, la montée des groupes d'extrême droite conspirationnistes et suprémacistes et la divulgation extensive de fausses nouvelles (voir Partie 2, chapitres 2.1, 2.2, 2.3). Par ailleurs, la proposition qu'un marché non régulé des idées et des informations générerait un équilibre naturel des diverses positions au meilleur bénéfice de la société, semble ahistorique. Déjà au 19^e et au 20^e siècles quelques monopoles contrôlaient la presse écrite et présentement l'ensemble de l'infrastructure de l'information est privatisé. Les médias sociaux et les plateformes décident de l'offre d'informations et de contenus en fonction de leurs intérêts commerciaux et non d'un équilibre « naturel » entre l'offre et la demande.

⁵⁵⁷ <https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/2022-07-12/propos-choquants-d-une-avocate/manque-d-education-sur-l-holocauste-pense-une-association-juive.php>

Ces informations et ces contenus, notamment les propos haineux, peuvent avoir un impact négatif, individuel, social, politique, et porter atteinte à des droits des internautes. Aussi, la teneur de ces informations et de ces contenus est-elle l'enjeu de relations entre les États et les plateformes numériques, particulièrement les plus puissantes comme les GAFAM ⁵⁵⁸. Les États-Unis, par des décisions de la Cour suprême, considèrent comme inacceptable uniquement leur effet négatif sur le jeu démocratique et sur l'ordre public. Les législateurs de l'Union européenne, de la plupart des États de l'Europe occidentale, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande tentent, quant à eux, d'intervenir pour contrôler les multiples effets nocifs, [213] individuels, sociaux, politiques, de l'expression publique de la haine. Une haine qui depuis les années 2010, ne cible plus essentiellement les minorités culturelles et sexuelles mais aussi les élus et les journalistes ⁵⁵⁹.

Le désenchantement

Lors de son apparition, l'internet, dit aussi la toile, est loué pour sa capacité d'innovations techniques, son apport au débat démocratique et son effet d'entraînement de la croissance (Tréguer 2019). Il est qualifié de technologie de la liberté et Ithiel de Sola Pool crée en 1983 l'expression *Technologies of Freedom*. L'internet, comme infrastructure de communication, est inventé par des individus et des groupes adhérant aux idéaux émancipateurs de la contre-culture des années 1960. Selon ces idéaux, que faciliterait la technologie informatique, il doit permettre à chacun de s'exprimer librement et faciliter la communication sociale. De fait, il permet la multiplication de sites d'information sophistiquée et spécialisée et les réseaux sociaux facilitent la mobilisation politique, comme le Printemps arabe l'a montré. Néanmoins, l'internet a une autre facette dès ses débuts. Il est financé et développé par le secteur militaire états-unien et demeurera un domaine de recherche et de financement des agences de sécurité de l'État des États-Unis et d'autres pays (Alaoui 2022). Il sert la surveillance étatique des populations (*Zuboff*

⁵⁵⁸ Google, Apple, Facebook, Amazon. On ne parle pas de GAFAM, car Microsoft se distingue des quatre précédentes plateformes par ses activités : logiciel de micro-ordinateur, services informatiques aux entreprises, informatique dans les nuages. Microsoft se distingue également par le contrôle de ses pratiques depuis des menaces de démantèlement au début du siècle à la suite de démêlés avec les tribunaux aux États-Unis et en Europe (Tolodano 2020, 22-23).

⁵⁵⁹ En 2021, à la suite du témoignage de F. Hausen, Facebook annonce l'extension des mesures protégeant les individus privés de harcèlement, aux personnalités publiques (célébrités, élus) et aux dissidents, journalistes et activistes souvent harcelés par des gouvernements.

2015, 2019), comme des manifestations d'employés de Google et d'Amazon en septembre 2022 l'ont rappelé (Julia 2022), prolongeant la surveillance téléphonique opérée à la faveur de Guerre froide.

Durant les années 1990, sont développés des outils de diffusion d'informations, dont les plateformes numériques dites de médias sociaux. Les plateformes ont un objectif essentiellement commercial. Elles assurent une interaction entre les internautes tout en enregistrant et en analysant les données personnelles de ces derniers pour les induire à demeurer exposés à certains contenus, dont au premier chef des publicités génératrices de profits. Elles créent des communautés de modes de consommation, de modes de vie, de goûts similaires mais aussi d'opinions semblables. Ainsi, en diffusant à une échelle jusqu'alors méconnue, elles facilitent la propagation de préjugés et de fausses nouvelles, permettent la manipulation des opinions publiques et changent le débat public ou, selon un autre point de vue, elles prolongent et amplifient des tendances politiques présentes au sein d'une société (Cohen 2022).

[214]

Cette facette noire devient l'objet d'une large couverture médiatique durant les années 2010, car la croissance des plateformes numériques est lente. Jusqu'en 2012, Facebook n'est pas une entreprise rentable et Amazon ne l'est pas avant 2017. Puis, leur expansion est spectaculaire. Lors de son lancement en bourse en 2004 Google est valorisée à 23 milliards de dollars américains, et dix ans plus tard à 397 milliards (Tréguer 2019, 285) ⁵⁶⁰. Les critiques de leur indifférence à leur influence nocive sur la vie sociale et politique fusent, et le scandale du rôle de Cambridge Analytica et de Facebook ⁵⁶¹ dans l'élection présidentielle de 2016 et dans la campagne pour le Brexit alimente cette mise en cause publique. La même année 2016, Facebook annonce une *Canadian Election Integrity Initiative* qui semble supposer une menace sur le système politique canadien, ce qui porte Taylor Owen (2017) à une critique à la fois de Facebook et du gouvernement :

It could force complete transparency of all paid content of any kind shown to Canadians during the election period, as with other media. It could demand disclosure of all financial, location and targeting data connected to this paid content. It could place significant fines on the failure to quickly remove misinformation and hate speech. It could ensure that independent researchers have access to the platform's data, rather than merely

⁵⁶⁰ En 2019 Google et Amazon contrôlent la majorité du marché de la publicité en ligne.

⁵⁶¹ Cambridge Analytica a utilisé les données personnelles de millions d'internautes acquises illégalement sur Facebook qui se voit imposer une amende de 5 milliards de dollars US par la Federal Trade Commission (Toledano 2020, 173).

relying on Facebook's good intentions. Political parties and the government could even model good behaviour themselves by ceasing to spend millions of dollars of our money on Facebook's microtargeted ads.

None of these options are likely to be adopted voluntarily or unilaterally by Facebook. We have governments to safeguard the public interest.

Dans ce contexte, les débats sur la diffusion de propos illicites, dont ceux haineux, prennent une nouvelle dimension. La question de la haine en ligne devient un volet d'un volumineux dossier sur la puissance économique, la gouvernance et les pratiques commerciales des plateformes numériques, dont les GAFAs. Leur rôle dans les élections et dans la radicalisation des débats et des positionnements politiques est mis en cause et les opinions publiques s'exaspèrent d'un effet qu'elles subissent souvent, la diffusion de fausses nouvelles et de propos haineux, obscènes, homophones, misogynes, racistes, xénophobes, intolérants. Comme le voudrait un titre par Taylor Owen dans *The Globe and Mail*, le 11 avril 2018 ⁵⁶², « *The era of Big Tech self-governance has come to an end* ».

[215]

En 2018, le Department of Justice des États-Unis et vingt États intentent un procès anti-trust à Microsoft et Mark Zuckerberg comparaît les 10 et 11 juin 2018 devant le Congrès des États-Unis. Il est interrogé sur plusieurs sujets, tels que la prolifération de fausses nouvelles sur Facebook, le respect des données personnelles des usagers, le rôle de la plateforme dans l'élection de novembre 2016 ⁵⁶³, la censure de médias dits conservateurs, son rôle antidémocratique (selon le sénateur Ted Cruz, Kang 2018) ⁵⁶⁴ et son ciblage publicitaire des usagers selon des critères raciaux (Roose 2018). Il admet que Facebook est responsable des contenus diffusés ⁵⁶⁵, reconnaît des erreurs, mais il n'estime pas Facebook en position de monopole et promet une plus grande attention à l'usage des données personnelles. Un journaliste du *New York Times* et le sénateur J. Thune, président du Senate Commerce Committee (Kang 2018) commentent cette comparution :

⁵⁶² *Opinion : The era of Big Tech self-governance has come to an end - The Globe and Mail*

⁵⁶³ Cambridge Analytica, une des firmes de consultants de l'équipe électorale de D. Trump, a aisément pu compiler les données personnelles de 87 millions d'usagers de Facebook, et dessiner des profils particuliers d'électeurs à cibler.

⁵⁶⁴ <https://www.nytimes.com/2018/04/10/us/politics/mark-zuckerberg-testimony.html>
- <https://m.youtube.com/watch?v=BylLTX05jSY>

⁵⁶⁵ Ce qui soulève le point de savoir si Facebook est une plateforme neutre ou une entreprise médiatique.

Mr. Zuckerberg has a history of apologizing for the company's mistakes and promising to do better. Wired Magazine recently noted that Mr. Zuckerberg has a 14-year history of apologizing. That seems to have caused some consternation on Capitol Hill, where lawmakers prodded Mr. Zuckerberg about why, exactly, they should believe his promises now. "After more than a decade of promises to do better, how is today's apology different and why should we trust Facebook to make the necessary changes to ensure user privacy and give people a clearer picture of your privacy policies?" Senator John Thune, Republican of South Dakota, asked.

J. Thune ajoute : « *In the past, many of my colleagues on both sides of the aisle have been willing to defer to tech companies' efforts to regulate themselves. But this may be changing* » (Kang 2018).

D'autres mises à jour du traitement des contenus par les GAFAs ⁵⁶⁶ montrent des conflits d'intérêt entre celles-ci, des élus, une large part des opinions publiques et les acteurs des secteurs économiques qu'elles concurrencent, comme la distribution de marchandises, la presse écrite et la presse locale. À l'automne 2021, [216] la comparution de Frances Haugen ⁵⁶⁷ devant le British parliamentary committee chargé de rédiger une loi pour endiguer la haine en ligne et devant la Securities and Exchange Commission du Congrès des États-Unis ⁵⁶⁸ marque une nouvelle étape dans la campagne de critiques en cours. F. Haugen démontre en effet comment intérêt économique des plateformes, respect des internautes et paix sociale s'opposent.

F. Haugen quitte Facebook en mai 2021 emportant des milliers de pages sur la gouvernance de l'entreprise. Devant les législateurs britanniques, elle confirme des faits soupçonnés ou le plus souvent connus : « *the easiest way to grow an audience on Facebook is by using 'anger and hate' [...] The current system is biased towards bad actors, and people who push people to the extremes* ». De plus, selon F. Haugen, la direction de la compagnie est au fait des dommages qu'elle cause et exacerbe, et ne tient aucun compte des avertissements par ses employés concernant

⁵⁶⁶ Lors de comparutions de patrons et responsables des GAFAs devant des Parlements, dont celle de M. Zuckerberg devant le House Financial Services Committee en 2019, lors du témoignage de Sophie Zhang, une autre ex-employée de Facebook, en juin 2021, dans des études sur les effets psychologiques négatifs de la lecture de contenus haineux sur les employés de Facebook, et durant des débats publicisés entre élus états-uniens ou européens sur la nature du contrôle pouvant être imposé.

⁵⁶⁷ Frances Haugen détient un diplôme d'ingénieure en informatique de l'Université d'Iowa et une maîtrise de MBA de l'Université Harvard. Elle a travaillé pour Facebook, Google et Pinterest.

⁵⁶⁸ F. Hausen remet aussi un rapport écrit à un consortium de journaux, dont le *Washington Post* et le *Wall Street Journal*.

la polarisation des idées, l'étendue des discours haineux et de la désinformation que créent les algorithmes qu'elle emploie ⁵⁶⁹.

Comme une étude commanditée par le Parlement européen le concluait en 2020 (Sartor 2020 ⁵⁷⁰), les effets nocifs de la libre expression sur internet doivent être contrôlés (« *moderated* ») :

In particular, platforms for user-generated content enable users to express themselves, to create, transmit or access information and cultural creations, and to engage in social interactions. Such platforms contribute to the fulfilment of legitimate individual interests, enable the exercise of fundamental rights (such as freedom of expression and association), and support the realisation of social values (such as citizens' information, education, and democratic dialogue), but they also provide opportunities for harmful behaviour : uncivility and aggression in individual exchanges, disinformation in the public sphere, sectarianism and polarisation in politics, as well as illegality, exploitation and manipulation. To prevent unlawful and harmful online behaviour, or at least to mitigate its effect, moderation is needed, namely, the active governance of platforms meant to ensure, to the extent that it is reasonably possible, productive, pro-social and lawful [217] interaction of the users. Unless moderation facilitates cooperation and prevents abuse, online communities tend to become dysfunctional, victims of spammers, vandals, and trolls.

En deçà des effets sociaux et politiques nocifs de la prolifération des contenus illicites, haineux, pédopornographiques, de la désinformation et des attaques contre des élus, il est une raison d'intervention des États peu souvent invoquée par les analystes. En France, le Conseil d'État explique dans un rapport sur l'internet en 2014 : « *la justice n'a pas les moyens (et ne pourrait raisonnablement les avoir) d'être saisie de tout incident* » relatif à la liberté d'expression (Tréguer 2019, 241-242). Quant au Pôle national de lutte contre la haine en ligne entré en fonction le 4 janvier 2021 et disposant de six juges, il reçoit durant les premiers six mois de son existence, 141 dossiers. Lors d'un procès très médiatisé sur le cyberharcèlement par treize jeunes gens de Mila Orriols, qui a tenu sur le web des propos négatifs sur l'islam ⁵⁷¹, Richard Malka, son avocat, commente cette faille du système de justice

⁵⁶⁹ Par exemple, lors de l'audition de F. Haugen, le sénateur Richard Blumenthal (Démocrate-Connecticut) déclare : « the documents show that Facebook's leadership chronically ignored serious internal alarms, choosing to put profits over people and that the company is obviously unable to police itself ». <https://www.lapresse.ca/affaires/techno/2021-10-26/les-nouvelles-revelations-deferlent-sur-facebook.php>

⁵⁷⁰ <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

⁵⁷¹ Onze d'entre eux sont condamnés à des peines de quatre à six mois de prison avec sursis (Seckel 2021a, b).

tout en rappelant que le droit ne saurait déterminer l'ensemble des relations sociales : « *Si vous en mettiez 60 [magistrats], ça ne serait toujours pas assez, le phénomène est tellement massif. La justice est une partie de la solution mais certainement pas toute la solution* ». Il faudra une responsabilisation des réseaux sociaux mais aussi de la jeunesse, ajoute-t-il (vu l'âge moyen des auteurs de contenus haineux) (Seckel 2021a).

Les algorithmes persuasifs et prédictifs

La régulation des outils numériques est une préoccupation de longue date des législateurs d'Amérique du Nord et en particulier des États-Unis. Le Sénat des États-Unis dispose d'un sous-comité dédié à l'étude de ces questions d'un point de vue politique et législatif depuis 1987 mais le comité ne ciblait pas initialement les enjeux de liberté d'expression. La liberté du commerce, la protection de la propriété privée, la recherche et le développement (droits d'auteurs et brevets), tous des enjeux touchant les entreprises américaines, constituaient l'intérêt principal du législateur.

Dans un article publié dans le *Harvard Journal of Law and Technology* en 1992, l'influent sénateur démocrate Patrick Leahy présente ainsi les préoccupations du Subcommittee on Technology and the Law du Sénat américain (qu'il préside lui-même) au début des années 1990 ⁵⁷² :

[218]

We need to analyse hi-tech issues carefully, but in a timely fashion, so that the law reflects the realities of the marketplace. At present, there are a number of important issues on the Subcommittee's agenda. They raise questions concerning open government, our citizens' fundamental right to privacy, and the competitiveness of U.S. high technology.

The creation of computer software was precisely the kind of issue that compels the attention of my Subcommittee. Here was a technology with characteristics unlike any other--partly expressive, partly functional. The initial question -- raised long before the founding of the Technology Subcommittee -- was how the law should protect this technology.

⁵⁷² Le sénateur Leahy était président *pro tempore* du Sénat au moment d'écrire ces lignes.

Il soulève certaines interrogations concernant les risques que ces nouvelles technologies posent en matière de protection de la liberté d'expression (Leahy 1992, 10) :

[...] [H]ow can the greatest degree of First Amendment freedom be assured for information flowing over the network ? How do we distinguish between private and public communication ? Does control of the medium justify control of the content ? How do we distinguish between editing and censorship ? And what if we face censorship not just by government but network owners ?

Il en conclut que les nouvelles capacités qu'offrent ces technologies sont globalement salutaires pour une société libre (*ibid.*) :

As we move into the 21st century, information services will expand and broaden our access to valuable information resources. The diversity of these services will enhance the richness and depth of our free society.

Mais la période des années 1990-2000 est celle du perfectionnement des outils de prise de décision automatisés. Dans une conférence en 2008, B. J. Fogg ⁵⁷³ explicite les objectifs de ces nouveaux outils dont il enseigne l'usage :

We planned to have students create applications for Facebook. However, our course wouldn't just be about writing code. Instead, we wanted students to focus on using psychology in their creations, especially the psychology of persuasion.

[219]

L'étendue des problèmes éthiques, sociaux et politiques entourant le recours aux nouveaux outils numériques devient un sujet de débats publics et de débats entre experts durant les années 2010.

⁵⁷³ Durant les années 1990, l'Université Stanford devient le centre de production et de diffusion d'une série d'innovations par des chercheurs comme Brian Jeffrey Fogg (1998, 225) et ses étudiants qui affirment avoir fondé une nouvelle discipline, le « *study of computers as persuasive technology* » qu'ils nomment « *captology* ». Le groupe fonde le Stanford Persuasive Technology Lab en 1998 qui deviendra le Stanford Behavior Design Lab vu ses intérêts pour l'approche comportementale.

Le contrôle des contenus haineux en ligne

[Retour à la table des matières](#)

Lors d'un sondage réalisé en juin 2022 auprès de 1,000 Canadiens (Djuric 2022), il est demandé aux répondants s'ils sont d'accord avec l'approche canadienne ou l'approche des États-Unis qui, par le premier amendement protège la liberté d'expression y compris le droit d'exprimer des propos haineux et des opinions offensantes. Huit répondants sur dix (80 %) préfèrent l'approche canadienne⁵⁷⁴. La plupart se déclarent très favorables à l'imposition à Twitter et à Meta de mesures les obligeant à contrôler la propagation de la désinformation et de propos haineux. La régulation à imposer aux plateformes numériques est cependant un objet de sérieuses controverses et pose quelques dilemmes.

Il existe deux types de modération des contenus diffusés sur les plateformes numériques : l'auto-régulation et la co-régulation, i.e. une action conjointe des États et des plateformes, laquelle peut être incitative ou punitive. Dans le dernier cas de figure, la sanction par la loi peut s'appliquer en amont de la diffusion du contenu ou après sa diffusion.

L'auto-régulation

Dès les années 1990, les principaux opérateurs subissent des pressions politiques pour contrôler la diffusion de contenus préjudiciables, essentiellement alors du contenu pédopornographique. Aux Pays Bas et au Royaume Uni, ils mettent en place des « *hotlines* » en 1996, en France ils adoptent un code de conduite en 1997 et, aux États-Unis, à partir de 1996 le *Communications Decency Act* interdit la diffusion à des mineurs d'un seul matériel, celui à teneur sexuelle. Ce contrôle peu strict perdure au nom d'arguments tels que ceux avancés, par exemple, en 1997 dans le rapport annuel du Conseil d'État français (Thery et Falque-Perrotin 1998, 145, cité par Tréguer 2019, 241) : « [*l]*e monde des réseaux se prête mal à la ré-

⁵⁷⁴ Des personnes interrogées se disant de droite, 31 % soutiennent l'approche américaine sans limite. La plus forte proportion de personnes s'identifiant comme « de droite » (31,5 %) résidait dans les Prairies, comparativement à 18,6 % de ceux résidant au Québec Le sondage montre une forte relation entre le point de vue politique et l'opinion sur la liberté d'expression. Environ un répondant sur quatre qui penche de droite à très à droite croit que les Canadiens disposent d'une faible liberté d'expression, comparativement à environ trois pour cent (3 %) des répondants se décrivant comme de gauche.

glementation étatique classique », « son caractère mondial rend illusoire toute approche strictement nationale », « la volatilité des contenus et la décentralisation du réseau [220] rend tout contrôle illusoire ». Ces arguments seront repris durant les années 2010-2020, par les opposants à toute obligation des plateformes de retirer les contenus illicites, dont ceux haineux.

Aux États-Unis, les juges de la Cour suprême ne se prononcent pas sur le sort des contenus haineux sur internet. En 1997, dans *Reno v. A.C.L.U.* ⁵⁷⁵, ils statuent qu'aucun motif ne justifie l'examen de tels contenus en raison du 1^{er} amendement et, dans *Yahoo ! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme* ⁵⁷⁶ décidé en 2006, la Cour d'appel fédérale du 9^e circuit refuse de voir une cour de district traiter une demande des autorités françaises de condamner toute page web sur Yahoo affichant des passages de *Mein Kampf* (Juriansz 2006, 40-41). La loi en France interdit la vente et l'étalage de matériel nazi.

Puis, durant les années 2010, la plupart des gouvernements occidentaux reconsidèrent l'option de l'auto-régulation. En sus des facteurs cités ci-haut, interviennent des critiques de voir la censure de propos publics confiée à des entreprises privées et l'activisme de représentants des groupes ciblés par la haine. Au Canada, par exemple, la Coalition to Combat Online Hate, qui regroupe des organisations juives, musulmanes, sikhs, autochtones et noires, signe en 2021 une lettre ouverte au ministre de la Justice (David Lametti), demandant l'adoption d'une loi régulant la haine en ligne, car : « *the social media industry cannot be trusted to regulate itself* ».

En Europe et au Canada, une solution acceptable pour les plateformes et les gouvernements, mais aussi pour les groupes de pression et les opinions publiques doit être trouvée.

La co-régulation

Dès 2004, l'idée de co-régulation est mise en œuvre. En France, la *Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* prescrit que, si les plateformes ne sont pas responsables des propos tenus dans leur espace (article 6.2,7), elles doivent supprimer « *de façon diligente* » les contenus incitant à la vio-

⁵⁷⁵ *Reno v. A. C.L.U.*, 521 U.S. 844 (1997).

⁵⁷⁶ *Yahoo ! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

lence, à la haine raciale, sexiste, et au terrorisme ⁵⁷⁷. Des expressions semblables, telles que « *le devoir de vigilance* ⁵⁷⁸ », « *the duty to care* ⁵⁷⁹ » des plateformes, ou [221] encore de « *régulation coopérative en commun* ⁵⁸⁰ » illustrent l'esprit et la teneur de la co-régulation. Les plateformes suppriment, selon leurs propres critères, les contenus illicites, dont les images et les messages haineux ; les législateurs nationaux définissent des règles de ce retrait et des seuils à ne pas franchir (atteinte à la vie privée, divulgation incontrôlée de fausses nouvelles et de contenus illicites, pratiques non concurrentielles).

En 2015, Facebook emploie quelque 3,000 médiateurs, i.e. des employés qui décident de la diffusion de contenus signalés par algorithme comme éventuellement préjudiciables selon les critères de l'entreprise ⁵⁸¹. En 2017 il en emploie 4,500 (Toledano 2020, 108) et en 2020, 40,000, et son Conseil de surveillance (« *Oversight Board* ») composé d'experts de la liberté d'expression indépendants, définit la nature des contenus à supprimer, ses décisions ayant force exécutoire pour l'entreprise. Le Conseil a aussi pour vocation de créer un modèle de régulation des contenus « *préjudiciables* ». F. Hausen en 2021 se porte en faux contre ce mode de régulation. Elle recommande au Congrès la création d'une agence fédérale qui analyserait les activités, les recherches et la transparence des plateformes numériques et qui formulerait le mode de régulation approprié (Témoignage Hausen, juillet 2021 ⁵⁸², Levine 2021 ⁵⁸³).

La pratique de la co-régulation est en effet très discutée, notamment en Europe où des États l'adoptent dès 2017, mais aussi aux États-Unis où l'imposition de limites à la liberté d'expression provoque de fortes oppositions. Elle est moins mise

⁵⁷⁷ Elles sont également tenues d'informer les autorités compétentes de l'existence de ces contenus et de permettre l'identification de leurs auteurs.

⁵⁷⁸ Conseil d'État. 1999. Rapport sur l'internet. Paris. Cité dans Tréguer 2019, 241.

⁵⁷⁹ Expression présente dans des documents de l'Union Européenne.

⁵⁸⁰ Expression d'Emmanuel Macron dans un discours devant le *Forum sur la gouvernance d'internet*, à Paris, le 12 novembre 2018.

⁵⁸¹ Pour quelques règles de la modération, voir Klonick 2018.

<https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/violent-groups>

<https://www.facebook.com/communitystandards/introduction>

https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=en&ref_topic=9282436

⁵⁸² En 2021, à la suite du témoignage de F. Hausen, Facebook annonce l'extension des mesures protégeant les individus privés de harcèlement, aux personnalités publiques (célébrités, élus) et aux dissidents, journalistes et activistes souvent harcelés par des gouvernements.

⁵⁸³ <https://www.politico.com/news/2021/10/05/children-facebook-whistleblower-congress-515203>

en cause au Canada vu l'intervention tardive de l'État fédéral dans le champ du contrôle de la haine en ligne. Les controverses portent sur plusieurs points.

Les nouveaux débats

[Retour à la table des matières](#)

La volonté de gouvernements de limiter l'influence des plates-formes numériques soulève de nouvelles questions et crée de nouveaux objets de débat : le contrôle des contenus par les plateformes numériques n'entraînera-t-il pas un surcroît de censure par celles-ci ? Les grandes plateformes sont-elles réellement à même de [222] contrôler les contenus illicites, vu leur nombre et la capacité de leurs auteurs de migrer de sites en sites de plus en plus obscurs et clandestins ? Les sanctions imposées sont-elles efficaces et transforment-elles les pratiques des plateformes ? Ou encore, la censure des contenus illicites doit-elle être opérée par l'État ou par des entreprises privées ?

L'atteinte à la démocratie : le contrôle du débat public et la censure privée

Selon des termes rappelant des débats historiques aux États-Unis et en Europe, des partisans d'une liberté d'expression illimitée refusent tout contrôle au nom de l'illégitimité de l'intervention de l'État dans le débat public et dans la marche d'entreprises privées⁵⁸⁴ créatrices d'innovations et acteurs de croissance économique en ce début du 21^e siècle. Ce sont majoritairement des auteurs états-uniens (Cole 2017 ; Nossel 2020 ; Berkowitz 2021). Ils ne nient nullement le racisme⁵⁸⁵ et les effets néfastes de la haine en ligne mais sont convaincus de la rationalité des internautes et de leur capacité de refuser les propos haineux. Ils sont également convaincus que l'imposition d'amendes importantes sont nocives à l'avenir économique des plateformes.

D'autres analystes et chercheurs voient dans la co-régulation, i.e. la collaboration entre États et oligopoles numériques pour réduire la diffusion d'expressions

⁵⁸⁴ Lors du procès intenté par l'Union des étudiants juifs de France contre Twitter en 2020, les avocats de Twitter invoquent la liberté d'entreprendre et la non-ingérence de l'État dans la gestion d'une entreprise, deux arguments non retenus par les juges (Laurent 2021).

⁵⁸⁵ Par exemple, David Cole publie en 1999, *No equal justice: race and class in the American criminal justice system*.

considérées indésirables (haineuses, terroristes), non seulement un leurre mais l'amorce d'une généralisation de la censure de la circulation des idées et de la surveillance des internautes par les États. Shoshana Zuboff (2015, 2020) parle d'une nouvelle mutation du mode d'accumulation du capitalisme, celle du capitalisme de surveillance ⁵⁸⁶. Elle réfère à la capacité des plateformes de vendre des prédictions de modes et d'objets de consommation permettant de modifier les comportements des internautes pour du profit. Ce modèle d'affaires basé sur l'exploitation de données personnelles s'étend à plusieurs secteurs d'activité, finances, assurances, commerce de détail, tourisme et en assure une croissance constante. Aussi, des auteurs estiment que le seul endiguement possible de cette concentration de richesse et de pouvoir par les plateformes est une régulation stricte de la propriété des données personnelles (Harari 2018).

[223]

Pour sa part, Félix Tréguer (2019, chapitre XIV), membre de la Quadrature du Net (France), qualifie la co-régulation de collusion entre l'État et les oligopoles numériques pour « *domestiquer l'espace public* » et faire taire les groupes contestataires ⁵⁸⁷. Il parle d'inter dépendance des États et des multinationales du numérique et condamne l'objectif avancé en 2018 par des gouvernements, français et allemand, de généraliser les techniques d'intelligence artificielle développées par les géants numériques pour repérer et bloquer tout contenu qu'ils jugeraient indésirable (Tréguer 2020, 3). Clément Perarnaud (2022, 18), chercheur à la Brussels School of Governance (Belgique), parle d'une censure privée, non démocratique et arbitraire comme l'illustre la censure de la nudité sur Facebook. L'organisation European Digital Rights (2018) met, elle aussi, en garde contre une alliance permettant d'étendre la censure, notamment des expressions militantes, et la mathématicienne américaine Cathy O'Neil parle dans *Weapons of Math Destruction* (2016) de mise en péril des libertés individuelles et collectives.

À l'opposé, des analystes valorisent la co-régulation comme la lutte des États contre des titans. Brett Aho et Roberta Duffield (2020), par exemple, comparent les

⁵⁸⁶ Des études récentes illustrent les modes concrets de surveillance électronique au travail (Anderson 2017 ; Stone 2022 ; Aloisa et De Stefano 2022).

⁵⁸⁷ En 2013, Edward Snowden révélait « la participation des grandes plateformes aux programmes de surveillance du renseignement américain [...] Entre 2013 et 2018, aux États-Unis, le nombre d'utilisateurs concernés par les réquisitions judiciaires autorisées en vertu du Foreign Intelligence Act, a augmenté de 680 % chez Google et de 1,300 % chez Facebook », selon les rapports dits de transparence des deux entreprises. En France, de 2013 à 2019, la collaboration entre les deux mêmes entreprises et le ministère de l'Intérieur a donné lieu à une croissance du nombre de données transmises à l'État, de 670 % pour Google et de 800 % pour Facebook (Tréguer 2020, 3).

systèmes, chinois et européen, de régulation des données collectées sur internet et concluent à un affrontement utile entre l'Union européenne et les GAFAs.

Une autre forme d'atteinte à la démocratie est un objet de débat très discuté publiquement, elle concerne la délégation de la censure à des acteurs privés. En 2016 la Commission européenne publie un code de conduite mais non des mesures précises pour combattre les discours de haine. Twitter, YouTube et d'autres plateformes s'engagent à suivre ce code et, aux yeux de critiques de cette disposition comme C. Perarnaud (2022, 18), la Commission européenne charge des intermédiaires privés de la censure de l'expression sur la base de leurs propres conditions.

La co-régulation préserve de fait l'autonomie des plateformes de décider des critères de censure et de retrait de contenus en ligne et il y a comme un paradoxe de voir privatisé le contrôle de la liberté d'expression, une pierre dite angulaire de la démocratie libérale. La création par la *Loi sur les services numériques (Digital services Act)* de l'Union Européenne, de signaleurs de confiance devant notifier les contenus illicites selon les droits nationaux et européen illustre un autre paradoxe d'une législation souvent présentée comme un modèle d'intervention modérée : au [224] nom de quels principes des individus ou des groupes privés peuvent-ils condamner des propos ? ⁵⁸⁸ (Perarnaud 2022).

Le débat le plus tendu sur la censure déléguée à des entreprises privées par les politiques de co-régulation a lieu en France, lors de l'examen du projet de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (dite *Loi Avia*), en 2020. Le texte est adopté par l'Assemblée nationale le 18 mai 2020 et quelques jours plus tard le Sénat dépose un recours auprès du Conseil constitutionnel au nom de la défense de la liberté d'expression. Le juge constitutionnel censure quasi intégralement le texte de la loi ⁵⁸⁹ qui impose aux hébergeurs de sites sur internet et aux réseaux numériques l'obligation de retrait dans les 24 heures de tout contenu signalé comme haineux. Le juge constitutionnel considère que les atteintes portées à l'exercice de la liberté d'expression et de communication par la *Loi Avia* ne sont « *ni nécessaires ni adaptées ni proportionnées à l'objectif poursuivi de lutte contre les abus* ». La loi est excessive par sa délégation à des opérateurs privés de la responsabilité de décider du caractère haineux d'un contenu sur simple signalement et de le supprimer dans un délai de 24 heures. Le Conseil insiste particulièrement sur l'absence d'examen des contenus signalés par une autorité judiciaire et parle de privatisation du contrôle de la liberté d'expression car seul un juge devrait détenir

⁵⁸⁸ Les droits nationaux et le droit européen divergent, des pays comme la Hongrie interdisent des mots et images, communistes ou LGBTQI, lesbiennes, gays, bi, trans, queer, intersexes.

⁵⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision no 2020-801 DC, 18 juin 2020.

le pouvoir de décider de l'exercice de cette liberté. En outre, le Conseil considère excessives les sanctions prévues (un an de prison et 250,000 euros d'amende).

La surexposition et la surcensure

Des analystes se penchent sur deux autres risques, selon eux, de la lutte des gouvernements contre les contenus illicites : une publicité accordée aux regroupements et aux individus postant des contenus haineux, et une sur-censure par les plateformes se protégeant de poursuites judiciaires ou d'une mauvaise réputation.

Garth Davis et Sara Negrin (2022), de Simon Fraser University exposent le premier risque dans un article publié sur un site d'informations et de débats publics, *La Conversation Canada* :

We must be wary of the *law of unintended consequences*⁵⁹⁰, which addresses the unforeseen outcomes of legislation and policies. Overt silencing will only serve to substantiate foundational far-right narratives, which include : “The government is out to get us” and “Our ideas are so dangerous, the [225] government has to suppress them.” This, in turn, further animates and perpetuates the movement. We must avoid feeding these narratives.

Pour Vincent Sizaire (2021, 21), professeur à l'université Paris-Nanterre et partisan de procédures uniquement civiles et non criminelles pour lutter contre les propos haineux, il s'agit :

[...] d'éviter qu'une répression excessive ne vienne renforcer les discours et comportements qu'elle prétend combattre. Outre la tribune offerte aux auteurs de propos xénophobes ou négationnistes, la sur pénalisation de la parole publique et l'effet de censure qu'elle produit, peuvent paradoxalement contribuer à renforcer l'adhésion au discours prohibé, soudain paré des séductions de l'interdit, en particulier chez les plus jeunes. Plus préoccupant encore, elle risque de favoriser la « radicalisation » des propos et des actes des personnes censurées, puisqu'il ne s'agit plus de convaincre par la discussion ou de

⁵⁹⁰ <https://www.econlib.org/library/Enc/UnintendedConsequences.html>

faire émerger la vérité, mais de réduire au silence son adversaire au terme d'un banal et brutal rapport de forces ⁵⁹¹.

Une autre ligne de critiques concerne des modalités de la régulation. En France, en 2020, le Conseil constitutionnel constate le « *caractère impraticable de la loi Avia* » en raison de délais trop courts pour le retrait des contenus et de pénalités trop élevées dès le premier manquement, autant de dispositions qui inciteront les plateformes à supprimer tous les contenus signalés, et cela sans qu'un juge n'en ait estimé la teneur légale ou illégale. En ce sens, selon le Conseil, la *loi Avia* comporte un « *risque d'atteintes généralisées à la liberté d'expression* ». Au Canada, lors d'une consultation publique à l'été 2021 par le ministère du Patrimoine, *Exigence d'inaccessibilité dans les 24 heures* ⁵⁹², de nombreux répondants demandent l'élimination d'un délai de 24 heures qui conduirait au retrait de trop de contenus. Ils sont d'avis que ce délai ne suffit pas pour répondre de manière réfléchie au contenu signalé, surtout si ce contenu nécessite une analyse contextuelle. De plus, l'exigence de 24 heures ne permet pas une analyse judicieuse établissant un équilibre entre le droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 2(b) de la *Charte canadienne* et l'objectif de la lutte contre les préjudices en ligne. Certains répondants mentionnent que cette exigence accélérera le retrait de contenu illégal, empêchant les organismes d'application de la loi d'identifier et de prévenir les menaces à la sécurité publique ou d'enquêter sur les activités criminelles. Des répondants suggèrent de centrer l'intervention sur le retrait en temps opportun uniquement de certains types de contenu, d'imposer des pénalités aux plateformes qui suppriment trop de contenu, [226] comme aux utilisateurs qui abusent des outils de signalement, et de recourir à des signaleurs de confiance ⁵⁹³.

D'autres, au contraire, font remarquer qu'en l'absence de pénalités en cas de mauvaise décision, les plateformes agiront rapidement et laisseront en ligne du contenu préjudiciable éventuellement pour les groupes marginalisés ou racialisés avec pour autre conséquence, que les utilisateurs perdront probablement confiance dans la modération des contenus en ligne par les plateformes.

⁵⁹¹ Heli Askola (2014) décrit comment à la suite de son procès au criminel, un politicien populiste et auteur de propos haineux voit sa popularité accrue et est élu député au parlement finlandais.

⁵⁹² <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/ce-que-nous-avons-entendu.html#a1>

⁵⁹³ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/ce-que-nous-avons-entendu.html#a1>

Des membres du Groupe consultatif d'experts nommés par le ministre du Patrimoine canadien pour examiner le futur projet de loi anti-haine en mars 2022 ⁵⁹⁴ font également état du risque de sur-censure (Patrimoine canadien, 2022b ⁵⁹⁵) :

[l'] obligation de retrait dans les vingt-quatre heures envisagées par le gouvernement l'été dernier aurait incité structurellement les plateformes à sur-censurer les discours en ligne en privilégiant la rapidité du retrait du contenu à son exactitude. Les experts ont également cité les obligations de surveillance proactive des contenus comme étant problématiques du point de vue de la liberté d'expression et de la vie privée.

Le Groupe (2022b ⁵⁹⁶) liste parmi ses recommandations finales, la création d'une procédure d'appel pour les décisions de modération de contenu.

L'efficacité de la co-régulation

En 2017, au Royaume Uni, le contrôleur de la législation antiterroriste, Max Hill (Tual 2017) s'oppose à Theresa May favorable à l'imposition de fortes amendes aux plateformes si elles ne suppriment pas rapidement les propos extrémistes. Il doute des effets de pareilles sanctions, car à la différence de la Chine, dit-il, aucun pays occidental ne peut interrompre totalement le fonctionnement d'internet, et l'État a besoin de la coopération des géants de la toile pour réduire les contenus haineux.

L'inefficacité ou le risque d'inefficacité des législations visant à réguler la haine en ligne est une préoccupation commune aux partisans d'une liberté d'expression sans contraintes et aux partisans d'un encadrement étatique de la [227] censure de contenus par des acteurs privés. L'application des lois ou des mesures de co-régulation dépend en effet des décisions des plateformes et se révèle incertaine. En 2020, l'Union des étudiants juifs de France et cinq autres associations assignent en justice Twitter. Elles demandent une description des moyens mis en œuvre pour modérer des contenus signalés et présentent comme preuve un test : sur 1,100

⁵⁹⁴ <https://www.newswire.ca/fr/news-releases/le-ministre-rodriguez-annonce-la-fin-des-travaux-du-groupe-consultatif-d-experts-sur-la-securite-en-ligne-831957396.html>

⁵⁹⁵ Résumé de la sixième séance. <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-sixieme-seance.html>

⁵⁹⁶ Thème E : Aide aux victimes, Résumé de la séance de clôture. <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-atelier-cloture.html>

tweets haineux signalés, Twitter n'en a effacé que 12 %. Elles obtiennent gain de cause. Selon une étude de la Commission européenne publiée en 2020, Facebook a supprimé 87 % des contenus haineux signalés alors que Twitter n'en a effacé que 36 % (Laurent 2021).

L'application de la loi allemande contre la haine en ligne adoptée en 2018, dite *Loi NetzDG*, est un exemple souvent cité jusqu'à l'heure, de la faible efficacité de la co-régulation. La loi oblige à la publication par les plateformes de rapports semestriels, dits de transparence, décrivant le traitement des contenus signalés par des internautes. Elle semble n'avoir guère rempli son objectif d'éradiquer les contenus extrémistes selon William Echikson et Olivia Knodt (2018, 7) dans leur rapport sur ses effets, six mois après son entrée en vigueur. Comme rapporté ci-avant ⁵⁹⁷, elle n'a pas donné lieu à un nombre plus important de signalements que durant les mois avant sa mise en application. De plus, selon les deux chercheurs, elle ne force pas les plates-formes à supprimer une forte proportion de messages illégaux par précaution.

Une étude (Mouketou 2021) compare les effets des deux modèles existants de co-régulation, sans cesse opposés dans les débats. La co-régulation punitive crée, par loi, des obligations pour les plateformes sous peine de sanctions financières, la co-régulation incitative fixe un cadre d'action pour les plateformes, sans sanction. La loi allemande suit le modèle punitif d'obligation de retrait des contenus illicites, dont ceux haineux, dans des délais prescrits et sous peine de sanctions financières. On parle de « *hard regulation* » (Badouard 2021, 90) ou de « *content-based model* », qui selon ses critiques portent les plateformes à une sur-censure par crainte d'amendes. L'Union européenne, comme le Royaume Uni ⁵⁹⁸, pratique un autre modèle dit [228] « *system-based approach* » ou de « *soft regulation* » (Badouard

⁵⁹⁷ Voir Partie 1, section La *Loi NetzDG*.

⁵⁹⁸ Projet de loi publié en mai 2021 et non encore voté. Titré *Online Safety Line*, il imposerait un « *duty of care* » (devoir de diligence) aux entreprises numériques (médias sociaux, forums, sites vidéo, moteurs de recherche ayant des liens avec le Royaume Uni, etc.) qui devraient protéger les usagers de trois principaux types de contenu : contenus illégaux (aide à l'immigration illégale par ex.), contenu dangereux pour les enfants, contenu légal mais nocif (« *harmful* ») pour les adultes. Cette dernière catégorie est très critiquée pour son imprécision et son potentiel effet de censure du débat public. Les entreprises devraient prendre des mesures pour évaluer et atténuer les risques de préjudice (« *harm* ») pour les usagers. Le projet créerait un poste de Régulateur, Ofcom, lequel produirait un code de pratiques et d'information pour assister les entreprises à respecter la loi. Il disposerait du pouvoir d'imposer des amendes de 18 millions de livres ou de 10% du chiffre d'affaires global de l'entreprise fautive.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/985033/Draft_Online_Safety_Bill_Bookmarked.pdf

2021) qui oblige les plateformes non pas à des résultats mais à des moyens de contrôle des contenus illicites (outils, protocoles, procédures). Les compagnies se voient imposer un « *duty of care* », soit un devoir de s'engager à retirer les contenus qu'elles jugent inacceptables selon leurs propres critères, comme le veulent le Code de conduite de l'Union européenne pour lutter contre les discours de haine illégaux de 2016, et le Code européen des bonnes pratiques de 2018 ⁵⁹⁹.

L'étude de Dorian Mouketou (2021, 19-27) ne traite pas des mêmes contenus mais fait le constat d'une efficacité très différente selon la période et la plateforme, quel que soit le mode de co-régulation. Le nombre de signalements de contenus répréhensibles ne cesse d'augmenter entre juillet 2019 et janvier 2021 dans le cas allemand, comme le nombre de signalement de contenus haineux entre 2016 et 2020 dans le cas européen. Quant à la proportion de contenus répréhensibles signalés et supprimés de juillet 2018 à janvier 2019 inclus, elle oscille entre 12 % et 45 % selon la plateforme et le trimestre dans le cas allemand, et la proportion de contenus haineux illégaux signalés et supprimés durant les années 2016 à 2020 entre 28 % et 70 % selon la date et la plateforme, dans le cas européen.

Une raison des résultats peu concluants de la co-régulation tiendrait à la conception des législations l'encadrant. Par exemple, au Canada, le projet de loi C-36 et sa nouvelle version de 2022 sont des exemples de co-régulation critiqués pour être trop punitifs et bureaucratiques. Pierre Trudel (2021) expose la critique : l'univers numérique est technologiquement complexe et changeant, aussi les lois doivent-elles non pas décrire des mécanismes et dispositifs précis de contrôle des contenus mais plutôt énoncer clairement les résultats attendus et habiliter les régulateurs à utiliser tous les moyens pertinents pour les atteindre. Internet n'ayant pas de frontière, une coopération entre pays visant les mêmes objectifs est utile, sinon nécessaire.

Le modèle européen se voit reprocher d'autres failles, telles que la non-obligation pour les plates-formes de prévenir le rechargement (« *re-uploads* ») de contenu illégal, l'absence de possibilité d'appel ou encore sa dépendance des internautes pour le signalement de contenus inacceptables ou illégaux.

Mais le facteur le plus grave et le moins aisément contournable de la faible ou instable efficacité de la co-régulation est technologique. L'étude pour le Parlement européen publiée en 2020 (Sartor 2020, 9, chapitre 3 ⁶⁰⁰) rappelle cette contrainte

⁵⁹⁹ Cette approche semblerait avoir le désavantage de créer une régulation inégale d'une plateforme à l'autre et de complexifier la régulation, les régulateurs et tribunaux devant étudier les pratiques de chaque plateforme.

⁶⁰⁰ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/657101/IPOL_STU\(2020\)657101_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/657101/IPOL_STU(2020)657101_EN.pdf)

et [229] Davis et Negrin (2022) commentant le projet de loi anti-haine canadien à l'étude en 2022 ⁶⁰¹ écrivent :

Much of the discussion around the bill makes unrealistic assumptions about the capabilities of the tech companies that manage social media platforms. Contrary to popular belief, big tech does not have the capabilities to easily identify and remove specific content. Relying on purely technological solutions massively underestimates — and betrays a worrisome lack of understanding regarding — the difficulties in moderating language.

Considerable research, including work one of the authors (Garth) has conducted with criminologists Richard Frank and Ryan Scrivens, has revealed that the far-right ecosystem is marked by an essentially distinct, coded language that is constantly evolving. This work has similarly highlighted the challenges of trying to identify specifically violent language.

Michael Annany et Taylor Owen (2017) ⁶⁰² exposent des craintes similaires lors du lancement en 2017 de la *Stratégie pancanadienne en matière d'intelligence artificielle* :

There is little doubt that AI is transforming the economic and social fabric of society. It influences stock markets, social media, elections, policing, health care, insurance, credit scores, transit, and even drone warfare. AI may make goods and services cheaper, markets more efficient, and discover new patterns that optimize much of life. From deciding what movies get made, to which voters are valuable, there is virtually no area of life untouched by the promise of efficiency and optimization.

Yet while significant research and policy investments have created these technologies, the short history of their development and deployment also reveals serious ethical problems in their use. Any investment in the engineering of AI must therefore be coupled with substantial research into how it will be governed. This means asking two key questions.

First, what kind of assumptions do AI systems make?

Technologies are not neutral. They contain the biases, preferences and incentives of their makers. When technologists gather to analyze data, they [230] leave a trail of assumptions about which data they think is relevant, what patterns are significant, which harms should be avoided and which benefits should be prioritized. Some systems are so

⁶⁰¹ Révélé à la suite d'une demande d'accès à l'information.

⁶⁰² Mike Annany est professeur de communication et journalisme à USC Annenberg School for Communication and Journalism à l'Université de Californie du Sud (University of Southern California). Taylor Owen est professeur de Digital Media and Global Affairs à l'Université de Colombie-Britannique.

complex that not even their designers fully understand how they work when deployed “in the wild.”

For example, Google cannot explain why certain search results appeared over others, Facebook cannot give a detailed account of why your newsfeed may look different from one day to the next, and Netflix is unable to explain exactly why you got one movie recommendation over another.

While the opacity of movie choices may seem innocuous, these same AI systems can have serious ethical consequence. When a self-driving car decides to choose the life of a driver over a pedestrian ; when skin colour or religious affiliation influences criminal-sentencing algorithms ; when insurance companies set rates using an algorithm's guess about your genetic make-up ; or, when people and behaviours are flagged as ‘abnormal’ by algorithms, AI is making an ethical judgment.

This leads to a second question : how should we hold AI accountable ?

The data and algorithms driving AI are largely hidden from public view. They are proprietary and protected by corporate law, classified by governments as essential for national security, and often not fully understood even by the technologists who make them. This is important because the existing ethics that are embedded in our governance institutions place human agency at their foundation. As such, it makes little sense to talk about holding computer code accountable. Instead, we should see AI as a people-machine hybrid, a combination of human choices and automated decisions.

Who or what can be held accountable in this cyborg mix ? Is it individual engineers who design code, the companies that employ them and deploy the technology, the police force that arrests someone based on an algorithmic suggestion, the government that uses it to make a policy ? An unwanted movie recommendation is nothing like an unjust criminal sentence. It makes little sense to talk about holding systems accountable in the same way when such different types of error, injustice, consequences and freedom are at stake.

This reveals a troubling disconnect between the rapid development of AI technologies and the static nature of our governance institutions. It is difficult to imagine how governments will regulate the social implications of an AI that adapts in real time, based on flows of data that technologists don't foresee or understand. It is equally challenging for governments to design safeguards that anticipate human-machine action, and that can trace consequences across multiple systems, data sets, and institutions. [...]

[231]

We welcome the government's investment in the development of AI technology, and expect it will put Canadian companies, people and technologies at the forefront of AI. But we also urgently need substantial investment in the ethics and governance of how artificial intelligence will be used.

Et Google (2021, cité dans Mouketou 2021, 27) de renchérir :

Même si la technologie est devenue très utile pour identifier certains types de contenus controversés (par exemple pour trouver des objets et des modèles rapidement et à

grande échelle dans les images, les vidéos et les contenus radio), l'examen manuel de la situation en contexte reste la méthode plus efficace. Par exemple, les algorithmes ne savent pas toujours faire la différence entre la propagande terroriste, les vidéos sur les droits de l'homme, les discours d'incitation à la haine et les comédies provocatrices. Une intervention humaine est souvent nécessaire pour prendre la décision finale.

Cependant, la co-régulation repose sur l'automatisme du contrôle des contenus et a un effet contradictoire. Elle tente d'endiguer la diffusion de contenus nocifs pour des individus dont ils ne respectent ni la dignité, ni le droit à ne pas être discriminés, ou encore de contenus nocifs à la vie sociale. Mais elle délègue à des agents privés, les plateformes numériques, le droit de censure de ces contenus. Vu la massification des contenus sur la toile, elle induit ces agents à inventer des techniques de filtrage et de repérage automatisés coûteux, elle conforte la position dominante de quelques plateformes sur le marché en ligne et elle renforce l'automatisation de la censure par algorithmes.

Les risques de cette utilisation accrue de l'intelligence artificielle et des algorithmes sont décrits par la majorité des répondants à la consultation publique par Patrimoine canadien durant l'été 2021. Ils sont d'avis que l'exigence d'inaccessibilité en 24 heures et les obligations de surveillance proactive obligeront les plateformes à faire un usage accru des outils d'IA pour s'acquitter de leurs fonctions et que, vu le nombre des contenus et les délais associés à leur modération, elles ne pourront respecter leurs obligations qu'en recourant à des systèmes automatisés pour trier les contenus. Mais, comme il est connu, ces filtres automatisés perpétuent des préjugés et peuvent produire un grand volume de faux positifs, particulièrement en ce qui concerne les discours qui dépendent du contexte, comme les discours haineux, l'incitation à la violence et le contenu terroriste. Des contenus sont assimilés à ces catégories alors qu'ils sont des éléments de reportages ou d'éducation scolaire. Les groupes de défense des victimes s'inquiètent que les décisions automatisées de modération du contenu mènent à une censure discriminatoire du contenu produit par certaines communautés marginalisées et des répondants déclarent que le biais algorithmique est inévitable, même si les [232] plateformes sont obligées de veiller à ce que la mise en œuvre et le fonctionnement de leurs procédures et systèmes n'entraînent pas de traitement différentiel injustifié.

En octobre 2021, une étude par Twitter montre que son algorithme, sur la base des tweets vus par les utilisateurs et de l'ordre dans lequel ils ont été vus, favorise les sites de droite aux États-Unis, comme dans six autres pays. Un contrôle par le pourcentage de votes pour des partis de droite aux dernières élections et par le fait que ces partis sont au gouvernement en place, ne change pas la tendance de l'algorithme à favoriser les partis de droite (« *conservative parties* ») (The Economist. 2021b).

Dans ce contexte, la co-régulation dont s'inspire la future loi anti-haine canadienne, semble une tentative peu efficace d'atténuer les effets néfastes de la désinformation et des contenus violents en ligne, dont les contenus haineux.

Des solutions ?

[Retour à la table des matières](#)

Il est une solution utopique à la diffusion sans cesse accrue des contenus haineux en ligne, le retour à l'âge d'or de l'internet libre, ouvert à tous, gratuit et exempt de publicité payante. Selon C. Perarnaud (2022, 18), en place d'une « *fascination pour le gigantesque et la quête de la compétitivité numérique d'une part, [l'] automatisa-tion et [la] privatisation du contrôle de l'expression d'autre part* », il faudrait plutôt « *promouvoir un modèle libre et décentralisé comme celui des plateformes Matrix ou Mastodon* », existant durant « l'âge d'or » de l'internet. Félix Tréguer (2019) et James Muldoon (2022) proposent des solutions similaires. À l'inverse, il existe une autre vision qu'on retrouve chez Charles Girard (2015, 22) : il faut considérer toute tentative de répression des propos haineux uniquement pour son efficacité symbolique, i.e. celle de voir l'État réaffirmer que l'égalité vaut pour tous.

Le droit et le pouvoir des victimes et des internautes

Il est un pas vers une solution, politique, qui serait de porter une réelle attention à l'exercice du droit des victimes de se défendre et de ne pas être discriminées, vilipendées, salies. Un accès facilité à la justice n'est guère un item important dans les législations anti-haine. Le projet de loi canadien révélé en 2022 ne semble pas considérer les victimes comme des acteurs sociaux capables de défendre leurs droits. Il ne comporte pas l'obligation faite aux plateformes par l'Union européenne de disposer d'une modalité aisée pour porter plainte, soit un simple bouton à actionner sur le portail d'une plateforme. Il ne comporte pas de programme spécifique de financement d'institutions communautaires et de bureaux d'aide juridique pro-bono [333] pour améliorer la connaissance des droits et des modes d'accès à la justice des membres des groupes les plus exposés à la haine en ligne et dans des lieux publics. Il est vrai qu'une multiplication des moyens et informations offerts aux victimes susciterait un regain de plaintes et une nouvelle source d'engorgement des tribunaux. Il n'existe pas plus d'information publique avisant les victimes des trois modalités de plainte : plainte au civil pour discrimination ou pour diffamation, plainte au criminel pour atteinte à l'interdiction de propagande haineuse, d'incitation à la haine ou de fomentation de la haine.

Au Canada, il est connu que le processus de plainte au criminel demeure difficile et qu'il existe un très faible taux de dénonciation des actes haineux par les vic-

times. Une enquête pancanadienne en 2016 auprès de 300 musulmans (Dalphond et Helly, 2019a ; Turner, Helly et Côté-Lussier 2022) ⁶⁰³ et une enquête récente en Colombie-Britannique (Matassa-Fung 2022) auprès de 2,600 personnes illustrent l'ampleur de la non-dénonciation. Dans les deux cas, la majorité des répondants victimes ou témoins d'actes haineux ne portèrent pas plainte ⁶⁰⁴.

Le projet de loi anti-haine canadien prévoit d'introduire une disposition similaire à l'article 13 de la *LCDP* aboli en 2013, en vue de faciliter les plaintes. Mais comment le dépôt d'une plainte peut-il être facilité si l'on ignore la différence entre une plainte pour propos haineux au criminel et au civil, ou encore si l'organisme communautaire ou public de son quartier ou zone de résidence ne dispose d'aucun conseiller en matière de haine en ligne ? Le projet de loi anti-haine canadien semble centré, comme nombre d'autres législations en la matière, sur l'encadrement, dissuasif ou punitif, de la diffusion de contenus violents par les plateformes, au moindre coût possible pour l'État et les tribunaux.

Le Groupe consultatif d'experts sur la sécurité en ligne, nommé par Patrimoine canadien, a pourtant recommandé lors de sa séance de clôture le 10 juin 2022 ⁶⁰⁵, « la création d'un médiateur pour l'aide aux victimes, indépendant du gouvernement, des services en ligne, de l'application de la loi », ainsi que du Commissaire à la sécurité numérique auquel il fournirait des informations sur les plaintes reçues. Ce médiateur [234] conseillerait les victimes, leur fournirait une assistance technique et leur expliquerait comment déposer une plainte.

Une autre manière de protéger les victimes serait d'assurer un suivi permanent de la législation anti-haine et d'accroître les ressources utiles à la lutte de la haine en ligne. Des organismes indépendants ayant trois vocations différentes pourraient être créés. Afin de faciliter les enquêtes et d'éviter des divergences trop nombreuses de verdict, il serait utile d'établir un micro-parquet pancanadien traitant

⁶⁰³ 250 questionnaires remplis sur internet et 50 entrevues en présence. Les répondants résidaient dans cinq villes canadiennes.

⁶⁰⁴ Selon l'enquête de 2016, deux tiers des 300 répondants victimes ou témoins d'actes haineux en ligne ou dans un lieu public, ne portèrent pas plainte ; dans l'enquête de 2022, des 930 répondants victimes ou témoins, 72 % firent de même. Les raisons invoquées pour le non-report sont la méconnaissance des procédures à suivre, l'absence de support ou/et l'inutilité de la démarche. Le rapport final de l'enquête de 2022 sera disponible en 2023.

⁶⁰⁵ Résumé de l'atelier de clôture.

<https://www.canada.ca/fr/sr/srb.html?q=résumé+de+l%27atelier+de+clôture&wb-srch-sub=>

<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/le-ministre-rodriquez-annonce-la-fin-des-travaux-du-groupe-consultatif-d-experts-sur-la-securite-en-ligne-831957396.html>

<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne.html>

des cas les plus graves de la haine en ligne, à l'image du Pôle national de lutte contre la haine en ligne en France, et de le doter d'un nombre adéquat de juges et de juristes spécialisés ⁶⁰⁶. Il serait également utile d'établir un Comité de surveillance des changements technologiques modifiant à l'avenir la diffusion des contenus, ainsi qu'un Comité conseil sur l'évolution des contenus incitant à la violence sociale à base raciale, religieuse, sexiste, homophobe, ethnique et politique (visant élus, journalistes, personnalités publiques), sur les auteurs de ces contenus, sur les nouvelles cibles et sur toute autre forme d'évolution de la haine en ligne. Lors de sa dernière séance ⁶⁰⁷, le Groupe consultatif d'experts (canadiens) sur la sécurité en ligne propose des tables rondes réunissant des représentants de l'industrie, de groupes de défense des victimes, d'organisations communautaires et du gouvernement pour discuter des rapports de transparence transmis par les plateformes et promouvoir des normes et pratiques exemplaires.

Enfin, une initiative non des moindres, serait l'encouragement à une plus grande implication des internautes et leur formation. Des collectifs citoyens faisant pression sur les entreprises qui par leurs publicités et annonces sur la toile, financent indirectement la haine en ligne et la désinformation ⁶⁰⁸, pourraient être subventionnés. Il pourrait en être de même pour les regroupements universitaires ou autres qui forment les internautes à lire un texte, par exemple les textes divulguant des informations fausses sur les immigrants, les minorités sexuelles et tout groupe discriminé. La plateforme De Facto est un exemple ; lancée en janvier 2022 elle rassemble des journalistes et des chercheurs commis à l'éducation aux médias et à l'information (EMI) ⁶⁰⁹. La Commission *Les Lumières à l'ère numérique* (2022) (dite Commission Bronner), créée en septembre 2021 en France pour lutter contre les diffuseurs de haine et la désinformation, recommande en sus de l'EMI, une éducation à l'esprit critique à l'école et dans les médiathèques et les associations d'éducation populaire.

⁶⁰⁶ À la différence de la France où par ailleurs il est facile pour l'État, de créer un organisme centralisé.

⁶⁰⁷ Résumé de la séance de clôture, Thème D : Pouvoirs réglementaires.
<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-atelier-cloture.html>

⁶⁰⁸ Le collectif Sleeping Giant est un exemple.

⁶⁰⁹ www.defacto-observatoire.fr

[235]

Concurrence, redevances, taxes

Une des difficultés du contrôle de la diffusion en ligne de contenus illicites ou jugés préjudiciables est leur massification du fait de la puissance technique des plateformes et de leur position dominante sur le marché. Le modèle économique des grandes plateformes numériques s'appuie sur des acquis des sciences cognitives pour induire chez les internautes un besoin addictif de demeurer en ligne. En se connectant, les internautes laissent des traces permettant de multiplier et de cibler avec plus de précision les publicités qu'ils reçoivent, et ce faisant ils soutiennent l'expansion du web commercial alors même que, depuis les années 2010, des innovations technologiques, la constitution de marchés globalisés offrant de fortes économies d'échelle, et des pratiques de fidélisation et de verrouillage des consommateurs créent des conditions de croissance rapide des GAFAM. Celles-ci se retrouvent en position forte sur leur marché et peuvent ignorer ou contourner les législations sur le retrait de contenus qu'elles diffusent. Des tentatives de réduction de ce monopole des grandes plateformes sont en cours, mais des procès pour pratiques anticoncurrentielles, l'obligation de redevances aux industries qu'elles menacent ou encore l'imposition de taxes seront-elles efficaces ou menaceront-elles à long terme la marche d'entreprises centrales à la croissance économique ? Le débat demeure ouvert.

Les exemples de procès visant à fragmenter les activités des géants numériques et à limiter leur puissance économique et sociale, peuvent être multipliés, ils visent Facebook, Google ⁶¹⁰ ou Amazon, alors que des élus appellent à leur démantèlement aux États-Unis ⁶¹¹. En Europe, entre 2017 et 2019, la Commission européenne impose des amendes d'une valeur de 8,25 milliards d'euros à Google pour pratiques anticoncurrentielles (France-Pressé 2019).

⁶¹⁰ Google détient, comme Facebook, une large part du marché de la publicité en ligne et son système Android équipe l'immense majorité des téléphones intelligents dans le monde.

⁶¹¹ <https://www.20minutes.fr/high-tech/3080107-20210708-high-tech-google-vise-nouveau-proces-monopole-illegal-acces-applications> - <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/match-intente-un-proces-a-google-pour-abus-de-position-dominante-20220510>. À l'exception éventuelle de Facebook, J. Toledano (2020, 20-123) estime totalement improbable le démantèlement des géants numériques états-unis utiles pour contrer la concurrence chinoise.

Dès 2013 la Federal Trade Commission aux États-Unis intente des procès contre Google ⁶¹². À l'automne 2020, par exemple, Google fait l'objet d'un procès par l'administration des États-Unis pour user de sa position dominante sur le marché de la recherche et de la publicité en ligne, un « *monopole illégal* », pour se maintenir. Selon les autorités, « *pour consolider sa domination sur le marché de la publicité en ligne, Google a violé de manière répétée et effrontée les lois antitrust et de protection [236] des consommateurs* » ⁶¹³. Et, face à l'éventualité d'un autre procès pour le même motif par le Department of Justice (États-Unis), à l'automne 2021 le porte-parole de Google affirme que ses « *technologies publicitaires aident les sites web et les applications à financer leur contenu, permettent aux petites entreprises de se développer et protègent les utilisateurs contre les pratiques abusives en matière de confidentialité, de même que les mauvaises expériences publicitaires* ». Il ajoute qu'il « *existe une concurrence énorme dans les outils publicitaires, ce qui a rendu les publicités en ligne plus pertinentes, réduit les frais et offre des options étendues aux éditeurs et annonceurs* », et il réfute toute accusation de monopole sur le marché de la publicité en ligne. Google enregistre des revenus de 23 milliards de dollars en 2020 sur ce marché (ZDnet.fr 2021 ⁶¹⁴). En 2021, 37 États attaquent, pour leur part, Google sur la question de la distribution d'applications ⁶¹⁵ et en 2022, Google, comme Apple l'année précédente, crée un fonds de soutien de 90 millions US\$ pour solder les poursuites par des développeurs d'applications ⁶¹⁶. Et une loi devant le Congrès depuis janvier 2022, *American Innovation and Choice Online Act*, vise les pratiques anticoncurrentielles, dont celles des grandes plateformes qui ont dépensé 95 millions en lobbying pour s'y opposer (Capatosto 2022).

⁶¹² L'organisme enquête sur la position dominante Google dans la recherche en ligne et la publicité et ferme le dossier, le laissant aux soins du ministère de la Justice.

⁶¹³ Google est accusé d'avoir restreint les éditeurs dans l'utilisation du « *header bidding* » (enchère pour une en-tête publicitaire) en créant des pages mobiles accélérées (AMP). Ce format, selon les autorités américaines, force les éditeurs à acheminer les offres d'échange de ses concurrents par son serveur publicitaire. Dans cette affaire, Google est aussi accusé d'avoir ajouté un délai artificiel afin de faire apparaître plus rapidement les pages AMP et de ralentir le « *header bidding* » pour les autres participants (ZDnet.fr. 2021).

⁶¹⁴ <https://www.zdnet.fr/actualites/google-sous-la-menace-d-un-nouveau-proces-sur-le-front-de-la-publicite-en-ligne-39928439.htm>

⁶¹⁵ L'accusation est de décourager la distribution d'applications par d'autres voies que son Play Store, pré-installé sur les smartphones Android, et par lequel Google perçoit des commissions sur les transactions.

⁶¹⁶ <https://siecledigital.fr/2022/07/06/google-debloque-90-millions-de-dollars-pour-solder-un-proces-avec-les-developpeurs/>

En 2023, entrera en vigueur la *Loi sur le marché numérique* (dite DMA, *Digital Market Act*) adoptée par l'Union Européenne. Elle vise à lutter contre les abus de position dominante des GAFAs et à ralentir leur croissance mais, comme l'écrit J. Toledano (2020), comment créer des concurrents européens alors que l'Europe est en retard techniquement sur le marché en ligne ? Néanmoins, l'application de la loi relèvera directement de la Commission européenne et non des autorités où l'entreprise est établie, comme dans le cas du Règlement général sur la protection des données (RGPD dit GDPR, *General Data Protection Regulation*). Les sièges sociaux d'Alphabet, Apple, Meta et Microsoft se trouvent en Irlande, un pays qui par intérêt financier mais aussi par crainte de représailles, n'applique guère le RGPD.

[237]

Afin de réduire la position monopolistique des grandes plateformes, des négociations, souvent à marche forcée, entre elles et les entreprises ou secteurs d'activité qu'elles concurrencent, peuvent être multipliées. La position dominante des plateformes représente une menace pour les médias traditionnels et les productions culturelles locales : elles détournent les revenus publicitaires et les clientèles des premiers, elles bafouent les droits d'auteur et réduisent les sources de financement des productions culturelles nationales, notamment celles francophones au Canada (Saulnier 2022, chapitres 3, 4).

Concernant les médias, l'une des affaires les plus significatives est la bataille devant l'Autorité de la concurrence de 2019 à 2021, entre Google et l'Alliance de la presse d'information générale (APIG) qui regroupe trois cents (300) médias français⁶¹⁷. La rémunération d'extraits d'articles sur le moteur de recherche est l'enjeu de la plainte. Créés par une directive européenne sur les droits d'auteur en 2019, les droits voisins donnent le droit aux médias de négocier avec les plateformes numériques une rémunération pour la reprise d'extraits d'article. Mais les discussions avec Google, en première ligne avec son moteur de recherche et son service d'actualités, échouent et les titres français portent plainte auprès de l'Autorité de la concurrence alors que cette dernière traite d'un dossier concernant le monopole de publicité en ligne de Google. En juin 2021, l'Autorité négocie avec Google une amende de 220 millions contre l'engagement de l'entreprise d'ouvrir sa plateforme d'enchères aux éditeurs et, en juillet 2021, elle sanctionne Google d'une amende de 500 millions d'euros dans l'affaire des droits voisins (Pargamin

⁶¹⁷ Dont des quotidiens nationaux (*Les Échos, Le Parisien-Aujourd'hui en France, Le Figaro*) et régionaux (*La Dépêche du Midi, Sud-Ouest, Ouest-France*), et la presse hebdomadaire régionale.

2022) ⁶¹⁸. Google fait appel de l'amende en septembre 2021 (Le Monde et AFP 2021 ⁶¹⁹), mais le 3 mars 2022 l'entreprise signe un accord avec l'Alliance sur le calcul des revenus qu'il retire de la reproduction d'informations qu'il n'a pas produites (Piquard 2022a, b) ⁶²⁰. Le calcul de l'assiette de rémunération prend en compte les revenus directs (publicités affichées par Google sur les pages de résultats de recherche citant les liens de sites de presse) et indirects (publicités affichées sur les pages du moteur consulté par l'internaute). Le montant global est à répartir entre les 300 titres de l'Alliance en fonction de l'audience Internet de chaque titre, avec une bonification liée au statut [238] de « *presse d'information générale* » ⁶²¹. Par ailleurs, des accords particuliers sont noués avec certains titres au début de 2021 – dont *Le Monde*, *Le Figaro*, *Libération* et *L'Express* ⁶²².

Au Canada, le gouvernement fédéral n'intervient que tardivement dans l'écosystème numérique, soit à partir de 2019. Et, comme le commente Alain Saulnier (2022, 97-119), de 2019 à maintenant, en dépit des pouvoirs qu'il détient dans le champ de la défense de la langue et de la culture française, le gouvernement québécois est inactif. Il invoque de multiples risques et menaces pesant sur l'une et l'autre : immigration, religions minoritaires, méconnaissance de la langue par les agents de l'État, mais nullement les géants qui réduisent la part des productions culturelles franco-québécoises sur la toile et son faible soutien aux productions culturelles.

Dans son rapport, *L'avenir des communications au Canada. Le temps d'agir* (dit rapport Yale, janvier 2020), un groupe d'experts présidé par Janet Yale préconise une réforme du CRTC pour inclure l'espace numérique. Le projet de loi C-10

⁶¹⁸ Google est accusé de ne pas avoir négocié *de bonne foi* avec les éditeurs de presse sur l'application des droits voisins. Il lui est aussi ordonné de « présenter une offre de rémunération pour les utilisations actuelles de leurs contenus protégés » aux éditeurs et agences de presse, sous peine de se voir infliger des astreintes pouvant atteindre 900,000 euros par jour.

⁶¹⁹ Droits voisins : Google fait appel de son amende record

⁶²⁰ Droits voisins : les discussions entre les médias et Google avancent, mais des tensions demeurent - https://www.lemonde.fr/economie/article/2022/03/03/droits-voisins-google-signe-un-accord-avec-l-alliance-de-la-presse-d-information-generale_6115926_3234.html

⁶²¹ Un autre critère, le nombre de cartes de presse – censé récompenser les médias avec de nombreux journalistes et décourager la « course au clic » – devrait être pris en compte d'ici à la fin de 2022, selon Google. https://www.lemonde.fr/economie/article/2022/03/03/droits-voisins-google-signe-un-accord-avec-l-alliance-de-la-presse-d-information-generale_6115926_3234.html

⁶²² Des ententes ont été signées au Canada, dont au Québec, entre Google News et Google Actualités et *The Globe and Mail*, *Winnipeg Free Press*, *Métro Média* et *Le Devoir* (Saulnier 2022, 61-62).

déposé en 2020 vise à obliger les entreprises canadiennes et étrangères, telles que les grandes plateformes numériques, à contribuer à la programmation de contenus canadiens. Les Conservateurs s'opposent farouchement au projet au nom de la liberté d'expression des Canadiens et l'organisation d'élections en septembre 2021 renvoie le projet à d'autres dates. Le projet est repris en 2022 et déposé le 2 février comme projet de loi C-11 (44-1), *Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois* (dite *Loi sur la diffusion en ligne*). Actuellement en examen au Sénat ⁶²³, la loi s'appliquerait ⁶²⁴ aux entreprises en ligne ou de transmission ou de retransmission d'émissions par Internet destinées à être reçues par le public à l'aide d'un récepteur (fournisseurs de services de diffusion de vidéos et de musique en continu, plateformes de médias sociaux). Elle viserait à soutenir les créateurs canadiens de contenu, à accroître les contenus canadiens et la production de programmes en français et en langues autochtones et à promouvoir la diversité et l'inclusion dans le secteur de la radiodiffusion. Pour ce faire, la loi conférerait au CRTC le pouvoir de réglementer ces entreprises ⁶²⁵. Le projet de loi C-18, *Loi concernant les plateformes de communication en ligne rendant disponible du [239] contenu de nouvelles aux personnes se trouvant au Canada* ⁶²⁶ obligerait, quant à lui, les géants du web à signer des ententes en vue d'indemniser les groupes de presse canadiens dont ils partagent les contenus. Il attribuerait au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), le rôle de régulateur de ces ententes ⁶²⁷. Éric Peinert (2022) explique ⁶²⁸ :

Plutôt que de s'adresser à des annonceurs individuels pour vendre des publicités en ligne, les éditeurs s'adressent à des places de marché publicitaires en ligne qui servent d'enchères indépendantes, où la principale valeur pour les annonceurs est constituée par les données détaillées sur les lecteurs. Par la domination de Google sur la recherche en ligne et celle de Facebook sur les médias sociaux et la messagerie en ligne, ces deux géants contrôlent ces marchés publicitaires, souvent par des moyens illégaux.

Bien qu'ils tirent un grand profit des contenus d'information présents sur leurs plateformes, Google et Facebook utilisent leur position dominante pour payer peu ou pas du

⁶²³ <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/44-1/c-11>

⁶²⁴ https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/c11_2.html

⁶²⁵ L'ampleur du pouvoir octroyé au CRTC est critiquée par certains (Handa et Lenz.2022).

⁶²⁶ https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/charte-charter/c18_1.html

⁶²⁷ Pour quelques éléments du débat en cours sur ce projet de loi :

<https://www.lequotidien.com/2022/10/21/pablo-rodriguez-se-dit-ouvert-a-amender-son-projet-de-loi-sur-les-nouvelles-en-ligne-f9d5fcb3cbfa9d31d7252e135ec0cca6>

⁶²⁸ <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/764917/medias-la-loi-sur-les-nouvelles-en-ligne-du-canada-un-atout-pour-le-journalisme>

tout l'utilisation de ces contenus, refuser aux éditeurs l'accès aux données de leurs lecteurs, exiger des éditeurs qu'ils fournissent des articles sensiblement gratuitement et exiger des formats de publication moins rentables qui favorisent les plateformes. Les éditeurs étant incapables de monnayer le contenu qu'ils produisent, le journalisme dans le monde entier est en difficulté.

Il ne s'agit pas d'une question de technologie, mais plutôt d'une différence de pouvoir de négociation. Individuellement, les journaux ne peuvent pas se détourner des plateformes, sous peine de perdre une grande partie de leur lectorat et de leurs recettes publicitaires.

Il est un autre mode d'endiguement de la croissance et de la puissance économiques des géants de la toile, la taxation. Ce type d'intervention n'a pas de conséquences directes sur le contrôle des contenus en ligne mais cherche plutôt, pourrait-on dire, à induire, sinon forcer, la collaboration des grandes plateformes en vue de ce contrôle.

[240]

Un projet de loi, *Loi de la taxe sur les services numériques (TSN)*, a été annoncé dans l'Énoncé économique de l'automne de 2020 et dans le budget de 2021. Il était dit s'inscrire « *dans une démarche multilatérale du gouvernement pour relever les défis fiscaux liés à l'économie numérique* » et selon le ministre du Patrimoine, « *il ferait du Canada un chef de file mondial en matière de soutien à une presse libre moderne* » (La Presse canadienne 2022). À partir du 1^{er} janvier 2024, la loi, si adoptée, s'appliquerait aux revenus gagnés depuis janvier 2022 mais de manière provisoire jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réforme fiscale multilatérale des membres du Cadre inclusif de l'OCDE et du G20. Une taxe sur les services numériques (TSN) de 3 % serait imposée sur les revenus de grandes entreprises de services numériques qui utilisent les données et les contenus des internautes canadiens, ainsi que sur la vente ou l'octroi de permis de ces données ⁶²⁹. Elle s'appliquerait aux entreprises autant étrangères que nationales qui présentent un de deux seuils de revenu : l'un, dit *de revenu total*, de 750 millions d'euros ou plus par année civile (ta taxe serait imposée l'année civile suivante) ; l'autre dit *du revenu canadien visé* de plus de 20 millions de dollars canadiens par année civile ⁶³⁰.

Ces diverses formes d'intervention, procès, taxes, amendes, redevances auront-ils une portée significative ? Protestations, menaces, intensification du lobbyisme,

⁶²⁹ Services de marché en ligne, de publicité en ligne, de médias sociaux et revenu provenant de données d'utilisateurs. La TSN ne s'appliquerait qu'au revenu visé associé aux utilisateurs au Canada.

⁶³⁰ <https://www.canada.ca/fr/ministere-finances/nouvelles/2021/12/loi-de-la-taxe-sur-les-services-numeriques.html>

recours aux tribunaux mais aussi mesures d'adaptation sont des réactions attendues face à ces interventions. En 2022, Google lance un projet collaboratif pour rendre la publicité plus respectueuse et « moins manipulatrice » des internautes, le *Privacy Sandbox*. De nouveaux modes de publicité ciblée tiendraient compte du contexte et des centres d'intérêts des internautes (Pargamin, 2022). Et l'on ne peut omettre les effets de la concurrence entre les entreprises elles-mêmes, comme la perte de part du marché par Facebook au profit de Tik Tok, ou en 2021, le blocage des cookies tiers par Apple sur ses moteurs de recherche qui oblige Google à faire de même et à créer de nouvelles techniques de publicité numérique.

Contrôle des algorithmes persuasifs et prédictifs

La co-régulation vise un contrôle a posteriori de la diffusion des contenus illégitimes sous peine pour les entreprises de la toile de sanctions financières. Ce mode de régulation est mis en cause pour son interdiction de contenus ayant déjà et souvent largement atteint leur objectif, comme par exemple, propager la haine ou de fausses nouvelles. Aussi, une solution avancée est-elle le contrôle des algorithmes persuasifs, ces mécanismes automatisés qui orientent et exposent des individus à des contenus [241] donnés à la suite d'une analyse de leur parcours sur la toile. Le modèle économique des géants du web, comme YouTube and Facebook, repose sur le traitement par des algorithmes des contenus publiés par les internautes, un traitement visant à attirer et à retenir ces derniers pour les exposer le maximum de temps possible à des publicités rémunératrices. Une obligation de transparence des algorithmes, i.e. d'accès, responsabiliserait les plateformes et permettrait un contrôle de l'ordonnancement des contenus, i.e. de leur hiérarchisation, ciblage et démultiplication (viralité).

De nombreux analystes se montrent favorables à ce mode de régulation dont les modalités demeurent complexes et se doivent d'être souples pour assurer la nécessaire coopération des plateformes (Selbst 2021). Au Canada, en août 2018, Taylor Owen et Edward Greenspon, des spécialistes des médias numériques, publient *Democracy Divided : Countering Disinformation and Hate in the Digital Public Sphere* et proposent les modalités de contrôle suivantes :

To Require platforms to identify “bots”, automated social media accounts used to amplify messages,

To Subject algorithms to regular audits by independent authorities and [...] make these audits publicly available while protecting the intellectual property of the algorithms themselves.

En 2019, Dans son livre *L'âge du capitalisme de surveillance*, Shoshana Zuboff explique que les modèles d'affaires des entreprises dominantes d'Internet reposent sur la captation de la valeur des données massives générées par les mouvements de tous ceux qui agissent dans le monde connecté. C'est donc au niveau des logiques économiques associées à ces processus que les lois nationales doivent imposer des balises et de la transparence. Comme tout objet potentiellement dangereux, les plateformes en ligne doivent être tenues à des exigences à la mesure des risques qu'elles font courir aux populations. Les États doivent se doter des outils pour réguler les procédés reposant sur le traitement des données massives. Il faut que les lois imposent plus de transparence et de responsabilisation de la part de ceux qui génèrent de la valeur en mobilisant des processus algorithmiques. Il est naïf d'attendre des grandes entreprises du Web qu'elles se régulent toutes seules. C'est aux États qu'incombe la tâche de mettre en place des règles du jeu conséquentes avec les caractéristiques des environnements numériques. Et en 2020, J. Toledano publie un ouvrage primé ⁶³¹ militant pour la nécessité d'une transparence des algorithmes (110-112, 128-130).

[242]

Lors de la consultation publique par Patrimoine canadien durant l'été 2021, *Approches de rechange*, de nombreux participants soulignent qu'en place d'un cadre axé exclusivement sur la modération du contenu, le gouvernement devrait cibler les facteurs économiques qui orientent la conception de la plateforme et la prise de décisions par l'entreprise. Ils insistent sur l'importance des facteurs structurels comme les pratiques publicitaires et la surveillance des utilisateurs et d'une transparence algorithmique ⁶³². Au lieu de se concentrer sur le contrôle de la diffusion de contenus pour s'assurer qu'elle ne produit pas d'effets préjudiciables comme la violation de la dignité d'internautes, des troubles de l'ordre public, le déni des dispositions antidiscriminatoires, et s'exposer aux problèmes de respecter la liberté d'expression, plutôt tenter de trouver des modalités de contrôle judiciaire des algorithmes persuasifs et obliger les plateformes à se préoccuper des effets des algorithmes et non uniquement des effets utiles pour l'entreprise. En 2020, un rapport d'un comité d'audit créé par Facebook a rappelé que, lorsque Facebook développe des algorithmes, elle n'analyse que les effets bénéfiques ou rentables pour elle (Facebook 8 juillet 2020 ⁶³³).

⁶³¹ Prix du livre d'économie 2020.

⁶³² <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/ce-que-nous-avons-entendu.html#a1>

⁶³³ <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/07/Civil-Rights-Audit-Final-Rport.pdf>

F. Haugen ⁶³⁴ (Levine 2021, 10 mai) évoque aussi la solution du contrôle des algorithmes. Elle presse les élus de réécrire la Section 230 qui depuis 1996, protège les plateformes numériques de tout recours légal pour les contenus qu'elles exposent. Plutôt que de se concentrer sur les contenus postés par les internautes sur lesquels les plateformes ont peu de contrôle, les élus devraient responsabiliser ces dernières des effets des algorithmes, affirme-t-elle : « *they have 100 percent control over their algorithms, and Facebook should not get a free pass on choices it makes to prioritize growth and virality and reactivity over public safety* ».

Des membres du Groupe d'experts sur la sécurité en ligne (Patrimoine canadien, 2022b ⁶³⁵) favorisent également une approche systémique fondée sur le risque, laquelle de plus réduirait de possibles atteintes aux droits de la *Charte*. Ils proposent « *l'abandon de la réglementation de catégories particulières de contenu au profit d'une approche exigeant des entreprises qu'elles adoptent une approche axée sur la conception et fondée sur les risques pour traiter les contenus préjudiciables* ». Cette approche comporterait trois étapes à suivre par les services [243] réglementés : 1. Recenser et évaluer les risques posés par leur service, 2. Atténuer ces risques, 3. Faire rapport sur les outils d'identification et d'atténuation afin d'assurer une transparence des mesures prises.

En 2022, le rapport Bronner en France propose une solution similaire, en sus d'une responsabilisation des annonceurs publicitaires et des influenceurs de la toile. Et le *Digital Services Act* est l'exemple même d'une législation visant la transparence des algorithmes.

La demande d'examen en amont des effets des algorithmes persuasifs semble faire consensus parmi les experts et analystes critiques des modes de co-régulation en vigueur, qu'ils soient coopératifs ou punitifs. Pareil examen permettrait d'aller au-delà du contrôle des contenus préjudiciables publiés par les internautes et de leur diffusion, pour introduire le contrôle de leur présentation, hiérarchisation et ciblage à la base de leur viralité. Il permettrait non pas simplement d'encadrer et de réduire des comportements nuisibles d'internautes mais de limiter, sinon d'annuler, les mécanismes qui induisent ces comportements. Il présenterait en outre l'avantage d'éviter la question de la liberté d'expression.

⁶³⁴ <https://www.politico.com/news/2021/10/05/children-facebook-whistleblower-congress-515203>

⁶³⁵ <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-sixieme-seance.html> - Résumé de la séance de clôture.
<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-atelier-cloture.html>

Cet examen soulève néanmoins quelques questions : Comment évalue-t-on un effet social (« *social outcome* ») ? Peut-on prévoir tous les possibles effets sociaux nocifs de l'usage d'algorithmes persuasifs ? Il suscite aussi des débats par des experts du domaine (Desai et Kroll 2017). Il se heurte à une très forte opposition des entreprises visées. Si les plus grands acteurs du numérique, dont le patron de Facebook, sont favorables à une réglementation des contenus préjudiciables et à la protection des données personnelles et investissent des millions de dollars dans la modération des contenus, ils n'accueillent pas favorablement une régulation qui met en jeu le fondement de leur succès économique, leur responsabilité et, ce faisant, leur image. J. Toledano (2020, 105-106) fait de la confiance des internautes un « *ingrédient essentiel des modèles économiques des GAFAs* », car elle conditionne l'assiduité des internautes et le moteur de leur activité. Cette confiance a diminué de 20 % entre 2015 et 2019 selon un sondage de Pew Research Center (Toledano 2020, 105, 173, note 14). Dès lors une interrogation est formulée, elle concerne les risques d'une régulation qui ralentirait le développement des grandes entreprises numériques, les rendrait moins innovatrices et aurait un impact sur l'ensemble de l'économie du numérique et des économies nationales. Pour exemple, J. Toledano (2020, 96) prend fortement position dans ce débat : « *les grands acteurs du numérique ne sont même plus les vecteurs de l'innovation et de l'efficacité économique* ».

L'expression publique et démultipliée de la haine ciblant des groupes minoritaires particuliers est ainsi devenue un enjeu d'un mode de croissance économique actuelle, l'expansion des entreprises numériques. De produit de facteurs [244] sociaux à l'œuvre depuis les années 1980 (montée des inégalités socio-économiques, distance culturelle des élites et des classes moyennes et populaires, faille de la formation civique et de la littéracie numérique à l'école), l'expression de la haine des minorités culturelles, racisées, sexuelles, vient révéler la violence de grandes entreprises qui, en exploitant les données personnelles des internautes, amplifient les fractures sociales. De cette évolution, l'expression de la haine des minorités n'est plus le centre d'un agenda de lutte contre les discriminations et d'une dispute entre défenseurs de l'égalité des minorités ou d'une liberté d'expression absolue, mais une facette d'un débat sur la responsabilité d'un secteur particulier des économies actuelles. On est passé d'une crainte séculaire en Occident de la censure du débat public par l'État à la crainte d'une influence démesurée de monopoles privés sur ce débat, en omettant souvent de considérer l'impuissance de toute législation

et de tout système de justice à réguler l'entièreté de la vie sociale et à fixer ce qui est dicible et indicible dans une société ⁶³⁶.

⁶³⁶ <https://acta.zone/jacques-ranciere-a-propos-de-la-liberte-dexpression/>
<https://laregledujeu.org/2015/04/10/20427/la-reponse-de-jacques-ranciere-a-jacques-alain-miller/>

[]

Liberté d'expression c. égalité

RÉFÉRENCES

[Retour à la table des matières](#)

Abrams, Dan. 2019/2021. *Theodore Roosevelt for the Defense*, Hanover Square Press.

Adamczyk, Amy *et al.* 2014. The Relationship Between Hate Groups and Far-Right Ideological Violence, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 30, 3, 310-332.

Agarwal, Ranjan K. 2011. The Politics of Hate Speech : A Case Comment on *Warman v Lemire*, *Constitutional Forum Constitutionnel* 19, 2, 65-73.

Agius, Christine. 2013. Performing Identity : The Danish cartoon crisis and discourses of identity and security, *Security Dialogue* 44, 3, 241-258.

Aho, Brett et Roberta Duffield. 2020. Beyond surveillance capitalism : Privacy, regulation and big data in Europe and China. *Economy and Society* 49 (2), 187-212. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03085147.2019.1690275>

Alaoui, Hicham. 2022. Le triomphe fragile des contre-révolutions arabes, *Le Monde diplomatique*, septembre, 14-15.

Allen, Chris. 2010. *Islamophobia*, Ashgate, Farnham.

Allport, Gordon. 1949. *The Nature of Prejudice*, Londres, Addison-Wesley Publishing.

Allport, Gordon. 1944. *The Bigot in Our Midst. An Analysis of His Psychology*, New York, Community Relations Service.

Aloisi, Antonio et Valerio De Stefano. 2022. *Your Boss is an Algorithm : Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Londres, Hart Publishing.

American Civil Liberties Union. 1934. *Shall We defend Free Speech for Nazis in America ?* New York, ACLU.

Ananny, Mike et Taylor Owen. 2017. Ethics and governance are getting lost in the AI frenzy, *The Globe and Mail*, 30 mars.

Anderson, Elisabeth. 2017. *Private Governments : How Employers Rules Our Lives (and Why We Don't Talk About It)*, Princeton University Press.

Anti-Defamation League (ADL). 2018. *Murder and Extremism in the United States in 2017*, New York, ADL.

Awan, I. et I. Zempi. 2015. *We fear for our lives : Offline and online experiences of anti-muslim hostility*. Technical report, Birmingham City University.

Askola, Heli. 2014. Taking the Bait ? Lessons from a Hate Speech Prosecution, *Canadian Journal of Law* 30, 51-71. Doi : 10.1017/cls.2014.15

[246]

Bachand, Samuel, A-Mahdi Benmoussa et Denise Helly. 2018. Pour une définition pragmatique de la haine, *La Revue du Barreau du Québec* 77, 427-461.

Badouard, Romain. 2021. Modérer la parole sur les réseaux sociaux : politiques des plate-formes et régulation des contenus, *Réseaux* 1, 1, 87-120.

Banks, James. 2010. Regulating hate speech online, *International Review of Law, Computers and Technology* 24, 3, 233-239.

Barendt, Eric. 2007. *Freedom of Expression*, Oxford University Press, 2^e édition.

Behiels, Michael. 2009. Canada and the Implementation of International Instruments of Human Rights : A Federalist Conundrum. Dans D. Anastakis et P. E. Bryden (dir.). 2009. *Framing Canadian Federalism*, Toronto University Press, 151-184.

Belavusau, Uladzislau. 2013. *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Londres, Routledge, chapitre 2.

Belew, Kathleen. 2018. *Bring the War Home : The White Power Movement and the Paramilitary America*, Harvard University Press.

Bell, Derrick A. 1980. Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma, *Harvard Law Review* 93, 3, 518-533.

Berger, Thomas R. 1985. *Liberté fragile : droits de la personne et dissidence au Canada* (traduction), Montréal, Hurtubise HMH.

Berkowitz, Eric. 2021. *Dangerous Idea : A Brief History of Censorship in the West, from the Ancients to Fake News*, Boston, Beacon.

Berlin, Isaiah. 1969. *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.

Bérubé, Maxime et Aurélie Campana. 2015. Les violences motivées par la haine. Idéologies et modes d'action des extrémistes de droite au Canada, *Crimino-*

logie 48, 1, 215–234. <https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/2015-v48-n1-crimino01787/1029355ar/>

Bialystok, Francklin. 1997. Neo-nazis in Toronto. The Allen Gardens Riot, *Canadian Jewish Studies* 5. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/mcgill/detail.action?%20docID=3243475>.

Reproduit dans F. Bialystok. 2010. *Delayed Impact : The Holocaust and the Canadian Jewish Community, 1945-1985*. McGill-Queen's University Press, 1-38.

Biles, John et Humera Ibrahim. 2002. *After September 11th, 2001 : A Tale of Two Canadas*, 7th International Metropolis Conference, Oslo, Norvège, 11 septembre, Communication, 53 p.

Bird, Karen L. 2000. Racist Speech or Free Speech ? A Comparison of the Law in France and the United States, *Comparative Politics* 32, 4, 399-418. DOI : 10.2307/422386

Bitar, Omar, Benoist Deshaies et Dawn Hall. 2022. *3rd Review of the Treasury Board Directive on Automated Decision-Making*, Ottawa, Treasury Board, 24 p.

<https://ssrn.com/abstract=4087546> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4087546>

[247]

Blasi, Vincent. 1987. The Teaching Function of the First Amendment, *Columbia Law Review* 87, 387-417.

Bleich, Erik. 2015. Deux poids, deux mesures ? *Esprit* 10, 33-44.

Bleich, Érik. 2011. *The Freedom to Be Racist ? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*, Oxford University Press.

Bleich, Erik et Charles Girard. 2015. Que faire des discours de haine en démocratie ? *Esprit* 10, 5-10.

Bleich, Erik, Joseph Carens, Randall Hansen, Tariq Modood et Brendan O'Leary. 2006. The Danish Cartoons Affair : Free Speech, Racism, Islamism, and Integration, *International Migration* 44, 5, 3-62.

Bollinger, Lee C. 1990. The Tolerant Society : A Response to Critics, *Columbia Law Review* 90, 4, 979-1003. DOI : 10.2307/1122922

Bollinger, Lee C. 1986. *The Tolerant Society : Free Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press.

Bollinger, Lee C. et Geoffrey Stone (dir.). 2018. *The Free Speech Century*, Oxford University Press.

Bond, Shannon. 2022. What the Joe Rogan podcast controversy says about the online misinformation ecosystem, *npr.org*, 21 janvier.

<https://www.npr.org/2022/01/21/1074442185/joe-rogan-doctor-covid-podcast-spotify-misinformation>

Bonnell, Keith. 2008a. Hate Speech Debate Heats Up, *The Windsor Star*, 8 décembre.

Bonnell, Keith. 2008b. Defiant Levant republishes cartoons, *National Post*, 12 janvier. <https://www.pressreader.com/canada/national-post-latest-edition/20080112/281706905356683>

Bradford, Ann. 2020. *The Brussels Effect : How the European Union Rules the World*, Oxford University Press.

Bravo Lopez, Fernando. 2012 *En casa ajena. Bases intelectuales del antisemitismo y de la islamofobia*, Barcelone, Éditions Bellaterra.

Brewin, Andrew. 1967. The Report of the Special Committee on Hate Propaganda. *The University of Toronto Law Journal* 17, 1, 235-238. 10.2307/825377 Jstor.org.

https://www.jstor.org/stable/825377?genre=article&title=The+University+of+Toronto+Law+Journal&volume=17&spage=235&issn=00420220&eissn=17101174&page=238&pages=235-238&date=1967-01-01&sid=jstor%3Ajstor&issue=1&seq=1#page_scan_tab_contents

Brietzke, Paul H. 1997. How and Why the Marketplace of Ideas Fails, *Valparaiso University Law Review* 31, 951-969.

Bromwich, David et George Kateb (dir.). 2003. *On Liberty*, Yale University Press.

[248]

Brown, Alexander. 2017a. What is Hate Speech ? Part 1 : The Myth of Hate, *Law and Philosophy* 36, 4, 419-468.

Brown, Alexander. 2017b. What is Hate Speech ? Part 2 : Family Resemblances. *Law and Philosophy* 36, 5, 561-613.

Brown, Alexander. 2015. *Hate Speech Law : A Philosophical Examination*, Londres, Routledge.

Brown, Alexander et Adriana Sinclair. 2020. *The Politics of Hate Speech Laws*, Londres, Routledge.

Brown, Wendy. 1995. *States of Injury : Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton University Press.

Buzetti, Hélène. 2013. Projet de loi fédéral - La liberté d'expression va-t-elle jusqu'à la liberté de haïr ? *Le Devoir*, 2 juillet.

<https://www.ledevoir.com/politique/canada/381995/la-liberte-d-expression-va-t-elle-jusqu-a-la-liberte-de-hair>

Caillou, Annabelle et Étienne Paré. 2022. Front commun contre le blâme du CRTC pour l'utilisation du « mot en n » à Radio-Canada, *Le Devoir*, 5 juillet.

Carlson, Caitlin Ring. 2021. *Hate Speech*, Cambridge, MIT Press.

Calvès, Gwénaële. 2015. Les discours de haine et les normes internationales, *Esprit*, 10, 56-66.

Cameron, Jamie. 1988-89. Language as Violence v. Freedom of Expression : Canadian and American Perspectives on Group Defamation, *Buffalo Law Review* 37.2, 337-373.

Campana, Aurélie et Samuel Tanner. 2019. *Anti-Muslim Ordinary Racism and the Banalization of Far-Right Ideology*, TSAS, Canadian network for research on terrorism, security, and society research report RB 2019-02.

Camus, Jean-Yves et Nicolas Lebourg. 2015. *Les droites extrêmes en Europe*, Paris, Le Seuil.

Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (président Maxwell Cohen). 1966. *Rapport soumis au ministre de la Justice*, Ottawa, Imprimeur de la Reine.

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. 2009a. *Liberté d'expression et droit à la protection contre la haine à l'ère d'internet, rapport spécial au Parlement*, Ottawa, ministère des Travaux publics et des services gouvernementaux, juin.

Canada. Conseil du Trésor. 2020a. *Politique sur les services et le numérique*, Ottawa, Le Conseil. <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32603>

Canada. Conseil du Trésor. 2020b. *Directives sur les services et le numérique*, Ottawa, le Conseil, 1^{er} avril. <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32601>

Canada. Conseil du Trésor. 2019a. *Directive sur la prise de décisions automatisée*, 1^{er} avril. <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592> - [https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592.%20%20Une%20directive%20\(4.2.3.\)%20prescript](https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592.%20%20Une%20directive%20(4.2.3.)%20prescript)

[249]

Canada. Conseil du Trésor. 2019b. *Directive sur les services et le numérique*, Ottawa, Le Conseil, 11 juin - <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32601>

Canada. Ministère de la Justice. 2020. *Évaluation de l'Initiative sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle*, 19 août. <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/pm-cp/eval/rap-rep/2020/pe21s-ip21c/p3.html>

Canada. Ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique. s. d. *Charte canadienne du numérique : La confiance dans un monde numérique*, Ottawa, le Ministère. https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/sites/default/files/attachments/1020_04_19-Website_Placemat_FR_v02.pdf ; <https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/fr/charte-canadienne-numerique-confiance-dans-monde-numerique>

Canada. Ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique. 2019. *La Charte numérique du Canada en action : un plan par des Canadiens, pour les Canadiens*, Ottawa, ministère de l'industrie, 27 p. https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/sites/default/files/attachments/Digitalcharter_Report_FR.pdf ; <https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/fr/charte-canadienne-numerique/strategie-numerique-donnees-canada>

Canada. Parlement, Chambre des Communes. 1984. *L'égalité ça presse ! Rapport du Comité spécial sur les minorités visibles dans la société canadienne*, Ottawa.

Canada. Parlement, Chambre des Communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, président Anthony Housefather. 2019. *Agir pour mettre fin à la haine en ligne*, rapport. Ottawa.

Canada. Parlement, Chambre des Communes, Comité permanent du Patrimoine canadien. L'hon. Hedy Fry, présidente. 2018. *Agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*, rapport, février. <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/CHPC/Reports/RP9315686/chpcrp10/chpcrp10-f.pdf>

Canada. Parlement, House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, chairman, Anthony Housefather. 2019. *Taking Action to End Online Hate*, report, Ottawa.

Canada. Parlement, Sénat, Comité sénatorial permanent des Droits de la personne. 2013. *Délibérations, Fascicule 29, Témoignages*, 41^e législature, 1^{re} session, 25 juin.

Canada. Patrimoine canadien. 2022. *Nouvelles*, 5 avril, 12.30 E.T. www.newswire.ca/fr/news-releases/le-gouvernement-presente-un-projet-de-loi-visant-a-garantir-une-remuneration-equitable-aux-medias-d-information-859995712.html

Canada. Patrimoine canadien. 2022b. *L'engagement du gouvernement en faveur de la sécurité en ligne. Résumé de l'atelier de clôture.* <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/contenu-prejudiciable-en-ligne/resume-atelier-cloture.html>

[250]

Canada. Treasury Board. 2019. *Directive on Service and Digital - Appendix D : Examples of Unacceptable Network and Device Use*, 11 juin. <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32606>

Canada. Treasury Board. 2020a. *Policy on Service and Digital.* <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32603>

Canada. Treasury Board. 2020b. *Directive on Service and Digital.* <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32601>

Canada. Treasury Board. 2019. *Directive on Automated Decision-Making.* <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>

Canada. Parlement. Valiquet, Dominique et Katherine Simonds. 2011. *Résumé législatif du projet de loi C-51 : Loi sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle.* Ottawa, Parlement, 40^e législature, 3^e session, 3 février. https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/403C51E#txt15

Canadian Women's Federation blog. 2019. No, regulating Online Hate Won't Cost Us Free Speech, 10 juillet. <https://canadianwomen.org/blog/regulating-online-hate-wont-cost-us-free-speech/>

Capitaine, Brieg. Sous presse. L'antiracisme au Québec : nouvelles solidarités et disqualification sociale, *Cahiers de sociologie*.

Capitaine, Brieg. 2021. La cosmologie du *Christian Heritage Party* : origines et figures du mal. Dans D. Helly (dir.). *Rétablir l'ordre, Peur, méfiance, haine des minorités culturelles et sexuelles*, Chicoutimi, Qué., Les Classiques des sciences sociales, 49-73.

Carlson, Caitlin Ring. 2021. *Hate Speech*, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology.

Capatosto, Kelly. 2022. Fighting Against the Clock : Did Congress Miss its Opportunity to Pass a Monumental Big Tech Oversight Bill ? *JOLT Digest, Harvard Law School*, 17 octobre. <https://jolt.law.harvard.edu/digest/fighting-against-the-clock-did-congress-miss-its-opportunity-to-pass-a-monumental-big-tech-oversight-bill>

Cartier, Geneviève. 2010. L'héritage de l'affaire *Roncarelli c. Duplessis* 1959-2009, *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill* 55, 3, 375-400. <https://doi.org/10.7202/1000617ar>

Cass, Sarah. 2020. Mandatory Code of Conduct for Google and Facebook and First Steps towards Platform - Neutral Regulation of Australian Content, *Journal of Internet and Law Bulletin* 23, 2, 26–29.

Cate, F., P. Cullen et V. Mayer-Schönberger. 2014. *Data protection principles for the 21st century : revisiting the 1980 OCDE guidelines*, Redwood, VA, Microsoft.

CBC News. 2017. Canadians appear to be more hateful online. Here's what you can do about it, 20 janvier. <https://www.cbc.ca/news/canada/marketplace-racism-online-tips-1.3943351>

[251]

CBC News. 2015. Syed Soharwardy, Muslim cleric, issues fatwa against ISIS, 11 mars. <https://www.cbc.ca/news/canada/calgary/syed-soharwardy-muslim-cleric-issues-fatwa-against-isis-1.2990404>

CBC News. 2006. Western Canadian magazine publishes Muhammad cartoons, 13 février. <https://www.cbc.ca/news/canada/western-canadian-magazine-publishes-muhammad-cartoons-1.591923>

CBS News. 2021 Facebook whistleblower Frances Haugen details company's misleading efforts on 60 Minutes. <https://www.cbsnews.com/news/facebook-whistleblower-frances-haugen-misinformation-public-60-minutes-2021-10-03/#app>

Center for Countering Digital Hate. 2022. *Hidden Hate, report*, Londres, Le Centre, 6 avril. <https://counterhate.com/wp-content/uploads/2022/05/Final-Hidden-Hate.pdf>

Chakraborti, Neil et Jon Garland. 2012. Reconceptualizing Hate Crime Victimization through the Lens of Vulnerability and Difference, *Theoretical Criminology* 16, 4, 499-514.

Chafee, Zechariah. 1941. *Free Speech in the United States*, Mass., Harvard University Press.

Charaudeau, Patrick. 2019. La seule légitimité à Éric Zemmour est médiatique, *Slate*, 17 octobre. <http://www.slate.fr/story/182972/eric-zemmour-medias-liberte-expression-proselytisme>

Chemerinsky, Erwin. 2019. *Constitutional Law : Principles and Policies*, Wolters Kluwer Law & Business, 6^e édition.

Chemerinsky, Erwin. 2000. Content neutrality as a central problem of freedom of speech : Problems in the Supreme Court application, *Southern California Law Review* 74, 49-64.

Chemerinsky, Erwin et Howard Gillman. 2018. *Free Speech on Campus*, Yale University Press.

Choudhry, Sujit. 2006. So What Is the Real Legacy of *Oakes* ? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1, *Supreme court law review* 34, 501-528. <http://ssrn.com/abstract=930436>

Cinelli, Matteo, Andraž Pelicon, Igor Mozetič, Walter Quattrociocchi, Petra Kralj Novak et Fabiana Zollo. 2021. Dynamics of online hate and misinformation, *Scientific Reports* 11, article no 22083. <https://www.nature.com/articles/s41598-021-01487-w>

Clark, Kenneth. 1965. *Dark Ghetto. Dilemmas of Social Power*, New York, Harper, and Row.

Clément, Dominique, Will Silver et Daniel Trottier. 2012. *L'évolution des droits de la personne au Canada*, Ottawa, ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. Au catalogue HR4-19/2012F-PDF.

Cohen, Daniel. 2022. *Homo Numericus. La civilisation qui vient*, Paris, Albin Michel.

[252]

Cohen-Almagor, Raphael. 2019. Racism and hate speech – A critique of Scanlon's Contractual Theory, *First Amendment Studies* 53, 1-2, 41-66.

Cohen-Almagor, Raphael. 2017a. Balancing Freedom of Expression and Social Responsibility on the Internet, *Philosophia* 45, 973–985.

Cohen-Almagor, Raphael. 2017b. J.S. Mill's Boundaries of Freedom of Expression : A Critique, *Philosophy* 92, 4, 565-596. DOI :10.1017/S0031819117000213.

Cohen-Almagor, Raphael. 2015. *Confronting the Internet's Dark Side : Moral and Social Responsibility on the Free Highway*, Cambridge, Cambridge University Press.

Cohen, Jonathan. 2000. *More Censorship or Less Discrimination ? Sexual Orientation Hate Propaganda in Multiples Perspectives*, 46 *McGill Law Journal*, 69.

Cole, David. 2017a. Free-Speech Rights and Hate Groups, *The New York Times*, Letters, 18 août.

Cole, David. 2017b. Why We Must Still Defend Free Speech, *The New York Review of Books*, 28 septembre.

Cole, David. 2017c. Pouvoir Tout Dire, *Le Monde diplomatique*, 1^{er} novembre.

Cole, David. 2015. The Angry new Frontier : Gay Rights vs Religious Liberty, *The New York Review of Books*, 7 mai, 34-35.

Cole, David. 1999. *No equal justice : race and class in the American criminal justice system*, New York, New Press.

Comité spécial de la propagande haineuse au Canada, dit Comité Cohen. 1966. *Rapport soumis au ministre de la Justice*, Ottawa, Imprimeur de la Reine.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Québec. 2019. *Les actes haineux à caractère xénophobe, notamment islamophobe : résultats d'une recherche menée à travers le Québec*, Montréal, La Commission, août.

Conseil de l'Europe. *Recommandation de politique générale no 7*, Strasbourg, Le Conseil. <https://rm.coe.int/recommandation-de-politique-generale-n-7-revisee-de-l-ecri-sur-la-legi/16808b5ab0>

Cotter, Adam. 2022. *Expériences de discrimination chez les Noirs et les Autochtones au Canada, 2019*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique et de la sécurité des collectivités, février.

Coulehan, Erin, Katie Benner et Manny Fernandez. 2020. A memorial for victims of the shooting in El Paso in August, *The New York Times*, 6 février.

Coutu, Simon. 2022a. Le procès d'un néo-nazi s'ouvre à Montréal, *Radio-Canada*, 28 février. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1865456/proces-un-neonazi-montreal-zeiger-daily-stormer>

[253]

Coutu, Simon. 2022b. *La haine déguisée en humour noir au procès d'un néonazi*, Radio-Canada, 1^{er} mars. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1865831/proces-neonazi-gabriel-sohier>

Coutu, Simon. 2022c. *Un article « mauvais goût » mais sans danger, dit l'avocate d'un néonazi*, Radio-Canada, 4 mars. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1866678/proces-neo-nazi-article-antisemite-montreal>

Coutu, Simon. 2022d. *Débat sur l'Holocauste lors du procès d'un néonazi*, Radio-Canada, 8 juillet. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1896801/debat-holocauste-proces-neonazi-zeiger-chaput>

Cowan, Gloria, Miriam Resendez, Elizabeth Marshall et Ryan Quist. 2002. Hate Speech and Constitutional Protection : Priming Values of Equality and Freedom, *Journal of Social Issues* 58, 2, 247–63.

Coyne, Andrew. 2007. Got a complaint ? Call 1-800-Human-Rights, *Maclean's*, 17 décembre. <https://archive.macleans.ca/article/2007/12/17/got-a-complaint-call-1-800-human-rights>

Crête, Mylène. 2021. Vague de menaces et d'insultes contre les députés de l'Assemblée nationale, *Le Devoir*, 4 mai.

Crête, Mylène. 2019. Deux députées ont recours à la police, *Le Devoir*, 17 décembre.

CTV News. 2008. Human rights complaint against Maclean's dismissed, 28 juin. <https://www.ctvnews.ca/human-rights-complaint-against-maclean-s-dismissed-1.305350?cache=%2F7.644371>

Dauvergne, Mia, Katie Scrim et Shannon Brennan. 2008. *Les crimes motivés par la haine au Canada*, 2006, Ottawa, Statistique Canada, Série de profils du Centre canadien de la statistique juridique. <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85f0033m/85f0033m2008017-fra.htm>

Davis, Garth et Sara Negrin. 2022. Regulating online hate will have unintended, but predictable, consequences, *The Conversation Canada*, 2 juin. <https://theconversation.com/regulating-online-hate-will-have-unintended-but-predictable-consequences-182724>

Dawkins, Richard. 2006. *The God Delusion*, New York, Bantam Books.

Delbanco, Andrew. 2022. Endowed by Slavery, *New York Review of Books* 59-62, 23 juin.

Delgado, Richard. 1991. Campus Antiracism Rules : Constitutional Narratives in Collision, 85 *Northwestern University Law Review*, 343, 385-86.

Delgado, Richard. 1982. Words that Wound : A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review* 17, 133-181.

Delgado, Richard et Jean Stefancic. 2001. *Critical Race Theory*, New York University Press.

Deltombe, Thomas. 2006. *L'islam imaginaire. La construction médiatique de l'islamophobie en France, 1975-2005*, Paris, la Découverte.

[254]

Demaske, Chris. 2019. Social Justice, Recognition Theory, and the First Amendment : A New Approach to Hate Speech Restriction, *Communication Law and Policy* 24, 347-401.

Desai, Deven R. et Joshua A. Kroll. 2017. Trust but Verify : A Guide to Algorithms and the Law, *Harvard Journal of Law & Technology* 31, 1, 1-64. <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/31HarvJLTech1.pdf>

Deschatelets, Ani-Rose. 2022. Université d'Ottawa : un essai sur la crise du « mot en N », *Le Droit*, 22 février.

Diène, Doudou. 2003. *Special Report. Situation of Muslim and Arabs peoples in various parts of the world in the aftermath of the events of 11 September 2001* (ECN4/2003/23), New York, United Nations, 3 janvier.

Dilhac, Marc-Antoine. 2013. *La tolérance, un risque pour la démocratie*, Paris, Vrin.

Djuric, Mickey. 2022. Sondage : la liberté d'expression existe au Canada, selon les opinions politiques, *La Tribune de Sherbrooke*, 11 juillet.

Duchaine, Gabrielle. 2020. Un Québécois accusé d'encouragement au génocide, *La Presse*, 13 juillet.

Dworkin, Ronald. 2009. *Foreword*. Dans Ivan Hare et James Weinstein (dir.). *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press.

Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.

Dworkin, Ronald. 1970. Taking Rights Seriously, *The New York Review of Books*, supplément spécial, 17 décembre.

Eagleton, Terry. 2000. The Estate Agent, *London Review of Books* 22/5, 2 mars, 10-11. <https://www.lrb.co.uk/the-paper/v22/n05/terry-eagleton/the-estate-agent>

Echikson, William et Olivia Knodt. 2018. *Germany's NetzDG : A Key Test for Combatting Online Hate*, Bruxelles, Centre for European Policy Studies Counter Extremism Project, 9 novembre. <https://ssrn.com/abstract=3300636>

Electronic Frontier Foundation. 2021. *O (NO !) Canada : Fast-Moving Proposal Creates Filtering, Blocking and Reporting Rules – and Speech Police to Enforce Them*, 10 août. <https://www.eff.org/fr/deeplinks/2021/08/o-no-canada-fast-moving-proposal-creates-filtering-blocking-and-reporting-rules-1>

Elkouri, Rima. 2020. Le choc de la haine, *La Presse*, 10 février.

Ellsworth, Scott. 2021. *The Ground Breaking : The Tulsa Race Massacre and An American City's Search for Justice*, Icon.

Emcke, Carolin. 2017. *Contre la haine. Plaidoyer pour l'impur*, Paris, Le Seuil.

Emerson, Thomas. 1970. *The System of Freedom of Expression*, New York, Vintage Books.

[255]

Emerson, Thomas. 1963. Toward a General Theory of the First Amendment, *Yale Law Journal* 72, 878-886.

European Union, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). 2020. *Annual Report on the ECRI's activities covering the period from 1 January to 31 December 2019*, Strasbourg. <https://rm.coe.int/ecri-annual-report-2019/16809ca3e1>

Facebook. 2020. Facebook's Civil Rights Audit – Final Report, 8 juillet. <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/07/Civil-Rights-Audit-Final-Rport.pdf>

Fassinou, Bill. 2019. L'Australie a adopté une loi punissant les dirigeants de médias sociaux pour les contenus violents et illégaux à des peines de prison et des amendes, www.Developpez.co, 4 avril.

France-Presse. 2019. *La justice américaine prépare une enquête anti-monopole contre Google*, 31 mai.

David Fraser, David, 2020. *What's in Canada's new federal privacy law ? An overview of the Digital Charter Implementation Act*, juin. <https://youtu.be/yjIa1KMMdY>

Fielitz, Maik et Nick Thurston (dir.). 2019. *Post-Digital Cultures of the Far-Right Online Actions and Offline Consequences in Europe and the US*, transcript Bielefeld, Verlag.

Feith, Jesse. 2022. Trial begins for Montrealer accused of promoting hatred against Jews, *Montreal Gazette*, 28 février, p. 1. <https://montrealgazette.com/news/local-news/trial-begins-for-montrealer-accused-of-promoting-hatred-against-jews>

Feldman, Noah. 2022. *The Broken Constitution : Lincoln, Slavery, and the Re-founding of America*, Farrar, Straus and Giroux.

Fish, Stanley. 1999. *The Trouble with Principle*, Harvard University Press.

Fish, Stanley. 1992. There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too, *Boston Review* 17, 1, 3–26. Reproduit dans *There's No Such Thing as Free Speech*, Oxford University Press, 1994, 102-119 (chapitre 8), et dans *What is the Harm ?* 120-133 (chapitre 9).

Fish, Stanley. 1980. *Is There a Text in This Class ? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press.

Fogg, B. J. 1998. Persuasive computers : perspectives and research directions. *Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 225-232. <https://dl.acm.org/doi/10.1145/274644.274677>

Fogg, B.J. 2008. Mass interpersonal persuasion : an early view of a new phenomenon. Dans H. Oinas-Kukkonen, P. Hasle, M. Harjumaa, K Segerstahl et P. Ohrstrom (eds.) *PERSUASIVE Lecture Notes in Computer Science*, volume 5033, Springer, Berlin et Heidelberg. https://doi.org/10.1007/978-3-540-68504-3_3

Foner, Eric. 2019. *The Second Founding : How the Civil War and Reconstruction Remade the Constitution*, New York, W.W. Norton & Company.

[256]

Fortuna, P. et S. A. Nunes. 2018. A survey on automatic detection of hate speech in text. *ACM Comput, Survey* 51, 4, 1–30.

France, Journal Officiel de la République Française. 2018. *Loi relative à la protection des données personnelles*, 2018-493, juin.

Freiman, Mark. 2013. Hate Speech and the Reasonable Supreme Court of Canada, *Supreme Court Law Review* 63, 295-312.

Freund, Ernst. 1973. The *Debs* Case and Freedom of Speech, *The University of Chicago Law Review* 40, 2, 239-242.

Freund, Ernst. 1919. The *Debs* Case and Freedom of Speech, *The New Republic* 19, 13-15.

Gates Jr., Henry Louis. 2019. *Stony the Road : Reconstruction, White Supremacy, and the Rise of Jim Crow*, New York, Penguin Books.

Gautrais, V. et P. Trudel. 2010. *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, Thémis.

Geist, Michael. 2022. *Just How Extreme is Bill C-18 ? : It Mandates Payments For Merely Facilitating Access to News*, 7 avril. <https://www.michaelgeist.ca/2022/04/just-how-extreme-is-bill-c-18-it-mandates-payments-merely-for-facilitating-access-to-news/>

Geist, Michael Allen. 2021. The real consequences of Steven Guilbeault's battle with the web giants, *Maclean's*, 3 mai.

Geist, Michael Allen. 2013. *Law, Privacy and Surveillance in Canada in the Post-Snowden Era*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa.

Gillespie, Tarleton. 2017. Regulation of and by Platforms. Dans Jean Burgess, Alice Marwick et Thomas Poell (dir.). *The SAGE Handbook of Social Media*, Sage Publications Ltd. <https://dx.doi.org/10.4135/9781473984066.n15>

Girard, Charles. 2015. Pourquoi punir les discours de haine ? *Esprit* 10, 11-22.

Girard, Charles. 2014. Le droit et la haine. Liberté d'expression et « discours de haine » en démocratie, *Raison publique*, 34 p. <http://www.raison-publique.fr/article694.html>

Goffman, Erwin. 1963. *Stigma, Notes on the Management of Spoiled Identity*, N.J., Prentice-Hall.

Goldenberg, A. et S. Michael. 2019. *Automation Not Domination : Legal and Regulatory Frameworks for AI*, Ottawa, Canadian Chamber of Commerce. <https://www.mccarthy.ca/sites/default/files/2020-09/1906-AI-Legal-Frameworks.pdf>

Goswami, Manaswin. 2020. Algorithms and Freedom of Expression. Dans Woodrow Barfield (dir.). *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge University Press, 558-578. <https://doi.org/10.1017/9781108680844.027>

Gozlan, Angélique. 2013. La machine virtuelle, *Recherches en psychanalyse* 2, 16, 185-193.

[257]

Greenawalt, Kent. 1990. Insults and Epithets : Are They Protected Speech, *Rutgers Law Review* 42, 2, 287-308.

Gregory, Harry Jr, Charles O. et Harry Kalven Jr. 1969. *Cases and Materials on Torts*, Boston, Little, Brown, and Company.

Grépinet, Mariana. 2022. Cailloux, œufs injectés d'acide, pommes de terre fichées de lames de rasoir, *Match Actualité*, 2 février-2 mars, 51-53.

Gruberg, Martin et John R Vile. 2009/updated 2017. *Robert Bork, The First Amendment* Encyclopedia. <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1287/robert-bork>

Guhl, Jakob et Jacob Davey 2020. *Hosting the 'Holohoax' : A Snapshot of Holocaust Denial across Social Media*, Londres, Institute for Strategic Dialogue <https://www.isdglobal.org/isd-publications/hosting-the-holohoax-a-snapshot-of-holocaust-denial-across-social-media/>

Haarscher, Guy. 2007. *Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée*, Bruxelles, Centre Perelman de philosophie du droit, Working papers no 1. <http://www.philodroit.be>

Hachey, Isabelle. 2022. La haine a changé de cible, *La Presse*, 29 janvier. <https://www.lapresse.ca/actualites/chroniques/2022-01-29/la-haine-a-change-de-cible.php>.

Hage, Ghassan. 2012. *White Nation Fantasies of White Supremacy in a Multicultural Society*, Hoboken, Taylor, and Francis.

Hajjat, Abdellali et Marwan Mohammed. 2013. *Islamophobie. Comment les élites françaises fabriquent le « problème musulman »*, Paris, La Découverte.

Hall, D. A. 2020. Ten years fighting hate, *University of Miami Race and Social Justice Law Review* 10, 2, 79-114.

Handa, Sunny et John Lenz. 2022. Le projet de loi C-11 propose de réglementer les plateformes de radiodiffusion en ligne, *Blakes*, 1^{er} mars. <https://www.blakes.com/perspectives/bulletins/2022/le-projet-de-loi-c-11-propose-de-reglementer-les-plateformes-de-radiodiffusion-en-ligne>

Hanlon, Aaron R. 2017. The Myth of the “Marketplace of Ideas” on Campus, *The New Republic*, 6 mars.

Hannah-Jones, Nikole (dir.). 2021. *The 1619 Project : A New American Origin Story*, Londres, W.H. Allen Books.

Hansen, L. 2011. The politics of securitization and the Muhammad cartoon crisis, *Security Dialogue* 42, 4-5-, 357-369.

Harari, Y. N. 2018. *21 Lessons for the 21st century*, Londres, Jonathan Cape.

Hare, Ivan et James Weinstein (dir.). 2009. *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press.

[258]

Harris, Leslie M., James T. Campbell et Alfred L. Brophy. 2019. *Slavery and the University : Histories and Legacies*, University of Georgia Press.

Healy, Thomas. 2019. The Unlikely Birth of Free Speech, *New York Times*, Opinion, 9 novembre.

Healy, Thomas. 2013. *The Great Dissent ; How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind – and Changed the History of Free Speech in America*, New York, Henry Holt.

Heilweil, Rebecca et Shirin Ghaffary. 2020. Why Facebook failed its civil rights audit, *Vox*, 9 juillet. <https://www.vox.com/recode/2020/7/9/21318896/facebook-civil-rights-audit-hate-speech-failed-zuckerberg-white-nationalism-sheryl-sandberg>

Heinze, Eric. 2018. Hate Speech Law : A Philosophical Examination, *International Dialogue, A Multidisciplinary Journal of World Affairs* 8, 85-93.

Helly, Denise. 2022 (3^e édition). Islam and Justice in Canada. Dans Barbara Perry (dir.). *Difference, (Un)Justice in Canada*, Oxford University Press, chapitre 10.

Helly, Denise. 2021. (dir.). [Rétablir l'ordre. Peur, méfiance, haine des minorités culturelles et sexuelles](#), Chicoutimi, Qué., Les Classiques des sciences sociales.

Helly, Denise. 2010. [Une nouvelle rectitude politique au Canada. Orientalisme populaire, laïcité, droit des femmes, modernisme](#), *La Revue Tocqueville* XXXI, 2, 157-193.

http://muse.jhu.edu/journals/tocqueville_reviewla_revue_tocqueville/summary/v031/31.2.helly.html

Helly, Denise. 2008. *Les crimes haineux envers les musulmans au Canada, bref bilan. Rapport à Justice Canada*, Ottawa.

Helly, Denise. 2004a. [Le traitement de l'islam au Canada. Tendances actuelles](#), *Revue Européenne des Migrations Internationales* 20, 1, 47-73. <https://doi.org/10.4000/remi.274>

Helly, Denise. 2004b. Are Muslims discriminated against in Canada Since September 2001 ? *Journal of Canadian Ethnic Studies* 36, 1, 24-47.

Helly, Denise. 2004c. [Flux migratoires des pays musulmans et discrimination au Canada](#). Dans Ural Manço (dir.). *L'islam entre discrimination et reconnaissance. La présence des musulmans en Europe occidentale et en Amérique du Nord*, Paris, L'Harmattan, 257-288.

Helly, Denise, Simon Saint-Onge et Ahmed-Mahdi Benmoussa. 2021. La lutte contre les crimes haineux au Canada. Protestations minoritaires, droits, débats, 1950-2020. Dans D. Helly (dir.). [Rétablir l'ordre. Peur, méfiance, haine des minorités culturelles et sexuelles](#), Chicoutimi, Qué., Les Classiques des sciences sociales, 277-332.

Helly, Denise et Brieg Capitaine (1^{er} auteur). 2021. El odio al otro a través de la visión del mundo de un movimiento conservador canadiense. El Christian Heritage Party en Internet, *Política y Sociedad* (Madrid) 58, 2, 12 pages.

[259]

Helly, Denise et Geneviève Dalphond-Mercier (1^{ère} auteure). 2019a. Anti-Muslims Violence, Hate Crime, and Victimization in Canada, *Canadian Ethnic Studies Journal* 53, 1, 1-22. Anti-Muslim Violence, Hate Crime, and Victimization in Canada : A Study of Five Canadian Cities. - Free Online Library (thefreelibrary.com)

- Helly, Denise et Geneviève Dalphond-Mercier. 2019b. Islamophobia in Canada, *Justice* 36, 1, 29-32
- Helly, Denise et Aurélie Campana. 2018. L'extrême droite au Québec, *Relations* 795, mars-avril.
- Helly, Denise, Mahdi Benmoussa et Samuel Bachand. 2018. [À la recherche d'une définition pragmatique de la haine](#), *Revue du Barreau du Québec* 77, 427-466.
- Helly, Denise et Frédérick Nadeau. 2016a. [Extreme Right in Quebec ?](#) *Canadian Ethnic Studies* 48, 1, 1-18.
- Helly, Denise et Frédérick Nadeau. 2016b. [Les Pages Facebook pour la Charte \(Loi 60, Québec\)](#), *Recherches Sociographiques* LVII, 2-3, 505-521.
- Hertz, Michael et Peter Molnar (dir.). 2012. *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, Cambridge University press.
- Heyman, Steven J. 2008. *Free Speech and Human Dignity*, Yale University Press.
- Hirota, Hidetaka. 2017. *Expelling the Poor : Atlantic Seaboard States and the 19th Century Origins of American Immigration Policy*, Oxford University Press.
- Hitchens, Christopher. 2007. *God Is Not Great : How Religion Poisons Everything*, New York, Twelve Books.
- Hong Chang, M. 2019. Towards a Digital Government : Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice, 31 *Sacramento C. Law Journal* 875.
- Hospers, John. 1971. *Libertarianism : A Political Philosophy for Tomorrow*, Los Angeles, Nash Publishing. <https://www.goodreads.com/work/quotes/163127-libertarianism-a-political-philosophy-for-tomorrow>
- Hudson, Jr., David L. 2009. *Fighting Words*, Vanderbilt University First Amendment Center. <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/personal-public-expression-overview/fighting-words/>
- Hurd, Heidi et Michael S. Moore. 2004. Punishing Hate and Prejudice, *Stanford Law Review* 56, 5, 1081-1146.
- Information Commissioner's Office (ICO). 2020. *Guidance on AI and data protection*, Londres, ICO. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/guidance-on-ai-and-data-protection/what-do-we-need-to-do-to-ensure-lawfulness-fairness-and-transparency-in-ai-systems/>

<https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/09/ico-publishes-guidance-on-artificial-intelligence-and-data-protection>

[260]

Janhevich, Derek E. 1997/2001. *Hate Crime in Canada : An Overview of Issues and Data Sources*, Ottawa, Canadian Centre for Justice Statistics. <https://publications.gc.ca/collections/Collection-R/Statcan/85-551-XIF/0009985-551-XIF.pdf>

Jolin-Dahel, Leila. 2019. Menaces contre les femmes : le SPVM arrête un deuxième homme, *Le Devoir*, 10 décembre.

Julia, Luc. 2022. Les salariés des Gafa veulent l'éthique, pas la guerre, *Challenges* 757, 77, 6 octobre.

Juriansz, Russell. 2006. La lutte contre la haine et la préservation de la liberté d'expression. Où faut-il établir la ligne de démarcation ? *Thèmes Canadiens*, printemps, 36-56.

Kalven, Harry Jr. 1988. *A Worthy Tradition : Freedom of Speech in America*, New York, Harper, and Row Publishers.

Kalven, Harry Jr. 1965. *The Negro and the First Amendment*, The Ohio State University Press.

Kalven, Harry, Ernst Freund et Douglas H. Ginsburg. 1973. Ernst Freund and the First Amendment Tradition, *The University of Chicago Law Review* 40, 2, 235-47.

Kang, Cecilia. 2018. Mark Zuckerberg Testimony : Senators Question Facebook's Commitment to Privacy, *The New York Times*, 10 juillet.

Kant, Emmanuel. 1784a. *Qu'est-ce que les Lumières ?* Berlinische Monatsschrift, décembre.

Kant, Emmanuel. 1784b/2009 *L'Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Paris, Gallimard, Folio/Plus.

Karadeglija, Anja. 2021. Odious speech is the price we pay for our freedom, *National Post*, 21 juillet. <https://nationalpost.com/news/canada/odious-speech-is-the-price-we-pay-for-our-freedom-b-c-supreme-court-says-in-ruling/wcm/9c1441a9-5b14-432c-bc3c-003a2a467baa/amp/>

Kaufman, Gustavo Ariel. 2016. *Liberté d'expression et protection des groupes vulnérables sur internet*, Paris, L'Harmattan.

Kaye, James. 2009. Out of Maelstroms : Crises and Parlous Developments of Europe since World War Two. Dans A. Triandafyllidou *et al.* (dir.). *The European Public Sphere and the Media : Europe in Crisis*, Palgrave Macmillan UK, 53-82.

Kayser, Brittany. 2019. *L’Affaire Cambridge Analytica*, Harper Collins.

Keel, Chloe, Rebecca Wickes et Kathryn Benier. 2022. The vicarious effects of hate : inter-ethnic hate crime in the neighborhood and its consequences for exclusion and anticipated rejection, *Ethnic and Racial Studies* 45, 7, 1283-1303

King, Ryan D., Steven F. Messner et Robert D. Baller. 2009. Contemporary hate crimes, law enforcement, and the legacy of racial violence, *American Sociological Review* 74, 2, 291-315.

[261]

Kishi, Katayoun. 2017. *Assaults against Muslims in U.S. surpass 2001 level*, Washington, Pew Research Center.

Klonick, Kate. 2018. The new governors : The people, rules. And processes governing online speech, 131 *Harvard Law Review*, avril, 1598-1670.

Labbé, Jérôme. 2020. *Un projet de loi pour soumettre les géants du web à la Loi sur la radiodiffusion*, Radio-Canada, 4/11 novembre <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1746625/geants-diffusion-netflix-loi-radiodiffusion>

Laberge, Thomas. 2020. Le Canada s'implique dans une coalition internationale pour dompter les GAFA, *Radio-Canada*, 8 novembre.

Lacorne, Denis. 2016. *Les frontières de la tolérance*, Paris, Gallimard.

Laurent, Samuel. 2021. Twitter doit préciser les moyens engagés contre les propos haineux, *Le Monde*, 8 juillet.

Lawrence, Charles R. III. 1990. If the Hollers Let Him Go : Regulating Racist Speech on Campus, *Duke Law Journal* 431, 481.

Lawrence Michelle et Simon N. Verdun-Jones. 2011. Sentencing Hate : An Examination of the Application of S.718.2(a)(i) of the Criminal Code on the Sentencing of Hate-Motivated Offences, *Criminal Law Quarterly* 57, 28-31.

Leahy, Patrick. 1992. New laws for new technologies : current issues facing the Subcommittee on technology and the law, *Harvard Journal of Law, and Technology* 5, 1-23.

Lean, Nathan. 2012. *The Islamophobia Industry : How the Right Manufactures Fear of Muslims*, Londres, Pluto.

Le, Jeff. 2021. Opinion, The Next Step in Protecting Asian Americans, *Politico*, 2 août. <https://www.politico.com/news/magazine/2021/08/02/asian-american-aapi-protect-seniors-women-business-500661>

LeBel, Louis. 2001. Un essai de conciliation de valeurs. La régulation judiciaire du discours obscène ou haineux, *Éthique Publique* 3, 2. <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.2516>

Le Monde. 2018. Facebook dévoile le fonctionnement de ses logiciels de modération des images contenant du texte, 12 septembre. https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/09/12/facebook-devoile-le-fonctionnement-de-ses-logiciels-de-moderation-des-images-contenant-du-texte_5353948_4408996.html

Leparmentier, Arnaud. 2022. A Buffalo, Joe Biden dénonce le « terrorisme intérieur », *Le Monde*, 19 mai, 6.

Levine, Alexandra. 2021. What Congress learned from the Facebook whistleblower, *Politico*, 10 mai. <https://www.politico.com/news/2021/10/05/children-facebook-whistleblower-congress-515203>

[262]

Lewis Anthony. 2008/2010. *Freedom for the Thought That We Hate : A Biography of the First Amendment*, New York, Basic Books.

Library of Congress. 2022. *Germany : Administrative Court of Cologne Grants Google and Facebook Interim Relief ; Holds Network Enforcement Act Partially Violates EU Law*, 30 mars. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2022-03-30/germany-administrative-court-of-cologne-grants-google-and-facebook-interim-relief-holds-network-enforcement-act-partially-violates-eu-law/>

Li, Wei-hua. 2019. *Why Police Struggle to Report one of the Fastest-growing Hate Crimes*, The Marshall Project. <https://www.themarshallproject.org/2019/11/26/why-police-struggle-to-report-one-of-the-fastest-growing-hate-crimes>

Liptak, Adam. 2021a. The Supreme Court's Increasingly Dim View of the News Media, *The New York Times*, 19 avril.

Liptak, Adam. 2021b. Good morning. The Supreme Court may reconsider a major case concerning freedom of the press, *The New York Times*, 18 août.

Lithwick, Dahlia. 2006. Justice Grover Versus Justice Oscar. Scalia and Breyer sell very different constitutional worldviews, *SLATE*, 6 décembre. <https://slate.com/news-and-politics/2006/12/scalia-and-breyer-sell-very-different-constitutional-worldviews.html>

Locke, John. 1989. Some thoughts concerning education. Dans John W. Yolton et Jean S. Yolton (dir.). *The Clarendon Edition of the Works of John Locke*, Oxford University Press.

Locke, John. 1695. *A Letter concerning Toleration*, présentation par John B. Horton, Whitefish (Montana), Kessinger Publishing, LLC. (Jean Le Clerc et Jean-Fabien Spitz. 2007. *Lettre sur la tolérance et autres textes*, Paris, Flammarion).

Locke, John. 1690. *Two Treatises of Government*, Londres, Amen-Corner. (David Mazel. 1992. *Traité du gouvernement civil*, Paris, Garnier-Flammarion).

Lunny, Allyson M. 2017. *Debating Hate crime*, University of British Columbia Press.

MacFarlane, Emmett (dir.) 2022. *Dilemmas of Free Expression*, University of Toronto Press.

MacKinnon, Catherine A. 1987. *Feminism Unmodified : Discourses on Life and Law*, Harvard University Press.

Mahoney, Kathleen. 2009. Hate Speech, Equality, and the State of Canadian Law, *Wake Forest Law Review* 44, 321-352.

Mahoney, Kathleen. 1988-89. The James McCormick Mitchell Lecture. Dans J. Cameron, Language as Violence versus Freedom of Expression : Canadian and American Perspectives on Group Defamation, *37 Buffalo Law Review* 337, 344-355 (table ronde avec Alan Borovoy, Barry Brown, Jamie Cameron, David Goldenberg et Mari Matsuda).

Major, Marie-France. 1996. Sexual-Orientation Hate Propaganda : Time to Regroup, *11 Canadian Journal of Law and Society* 221.

[263]

Malik, Maleiha. (dir.). 2010 *Anti-Muslim Prejudice : Past and Present*, Londres, Routledge.

Malik, Nesrine. 2019. The myth of the free speech crisis, *The Guardian*, 3 septembre.

Malingre, Virginie. 2020. Thierry Breton : « Dans bien des cas, l'espace numérique est une zone de non-droit ». Le commissaire européen au marché intérieur expose les grandes lignes du projet de Bruxelles de régulation des contenus sur les réseaux sociaux, *Le Monde*, 22 novembre.

Manirabona, Amissi Melchiade. 2011. Vers la répression de la propagande haineuse basée sur le sexe ? Quelques arguments pour une redéfinition de la notion de « groupe identifiable » prévue dans le *Code criminel*, *Les Cahiers de droit* 52, 2, 245-271.

Marquis, Mélanie. 2021. Contenu haineux et pédopornographique. Le gouvernement Trudeau tarde à légiférer, *La Presse*, 4 juin.

Mathis, Stephen. 2018. Motive, Action, and Confusions in the Debate over Hate Crime Legislation, *Criminal Justice Ethics*,

DOI : 10.1080/0731129X.2018.1440787

Matassa-Fung, Darian. 2022. Fighting hate requires new strategies, B.C.'s Human Rights Commissioner says, *Global News*, 8 juin. <https://globalnews.ca/news/8906179/fighting-hate-new-strategies-bc-human-rights-commissioner/>

Matsuda, Mari J. 1989. Public Response to Racist Speech : Considering the Victim's Story, *Michigan Law Review* 87, 8, 2320-2381.

Mbongo, Pascal. 2011. *La liberté d'expression en France. Nouvelles questions et nouveaux débats*, Paris, Mare et Martin.

McAlpine, John D. 1981. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia as presented to the Honorable J.H. Heinrich, Minister of Labor for the Province of British Columbia*, Victoria, ministère du Travail.

Mchangama, Jacob. 2022. *Free Speech : A History from Socrates to social media*, Basic Books.

McClure, Jocelyn. 2017. The Regulation of Hateful and Hurtful Speech : Liberalism's Uncomfortable predicament, *McGill Law Journal* 63, 1, 1-22.

McConnell, Michael W. 2012. You Can't Say That, *The New York Times*, 22 juin.

McCrudden, Christopher. 2008. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *European Journal of International Law* 19, 4, 655-724.

McDougall, S. 2020. *Blog : ICO launches guidance on AI and data protection*, Londres, 30 juillet. <https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/blog-ico-launches-guidance-on-ai-and-data-protection/>

McGowan, Mary Kate. 2019. *Just Words. On speech and hidden harm*, Oxford University Press.

[264]

McGuire, Kim et Michael Slater. 2014. Legal Responses to Religious Hate Crime : Identifying Critical Issues, *King's Law Journal* 25, 2, 159-184. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/09615768.25.2.159>

McVeigh, Rory, Michael R. Welch et Thoroddur Bjarnason. 2003. Hate crime reporting as a successful social movement outcome, *American Sociological Review* 68, 6, 843-867.

Meer, Nasar et Tehseen Noorani. 2008. A Sociological comparison of anti-Semitism and Anti-Muslim sentiment in Britain, *The Sociological Review* 56, 2, 195-219.

Meiklejohn, Alexander. 1948/1960. Free Speech and Its Relation to Self-Government. Dans *Political Freedom : The Constitutional Powers of the People*, New York, Harper, and Row.

Mercier-Dalphon, Geneviève et Denise Helly. 2021. Anti-Muslim Violence, Hate Crime, and Victimization in Canada : A Study of Five Canadian Cities, *Canadian Ethnic Studies* 53, 1, 1-22.

Mignolo, Walter D. 2006. Islamophobia/Hispanophobia. The (Re) Configuration of the Racial Imperial/Colonial Matrix, *Human Architecture : Journal of the Sociology of Self-Knowledge* V, 1, 13-28.

Mignolo, Walter D. 2000. *Local Histories/Global designs : Coloniality, Border Thinking and Subaltern Knowledge*, Princeton University Press.

Mill, John Stuart. 1859/2012. *On Liberty*, Cambridge University Press.

Mill, John Stuart. 2003. On Liberty. Dans David Bromwich et George Kateb (dir.). *On Liberty*, Yale University Press.

Modood, Tariq. 1998. Anti-Essentialism, Multiculturalism and the "Recognition" of Religious Minorities, *Journal of Political Philosophy* 6, 1, 378-399.

Mohr, Georg. 2010. Publicité de la raison, droit et cosmopolitisme chez Kant. Dans Jean-François Kervégan, *Raison pratique et normativité chez Kant : Droit, politique et cosmopolitique* [en ligne]. Lyon, ENS Éditions, 213-244. <https://doi.org/10.4000/books.enseditions.4460>

Moon, Richard. 2008a. *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and The Regulation of Hate Speech on the Internet*, 1^{er} octobre. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865282

Moreau, Gregory. 2021. *Les crimes haineux déclarés par la police, 2019*, Ottawa, Statistique Canada, *Juristat*, 29 mars.

Moreau, Gregory. 2020. *Les crimes haineux déclarés par la police au Canada, 2018*, Ottawa, Statistique Canada, 26 février.

Morgan, George et Scott Poynting (dir.). 2012. *Global Islamophobia : Muslims and Moral Panic in the West*, Londres, Ashgate.

[265]

Morris, Loveday, Elizabeth Dwoskin et Hamza Shaban. 2021. Facebook Papers trigger lawmaker calls for regulation, *Washington Post*, 25 octobre. <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/10/25/facebook-papers-live-updates/>

Morton, Graeme. 2008. Muslim leader drops Ezra Levant cartoon complaint. Calgary Muslim leader Syed Soharwardy says he is withdrawing his Alberta Human Rights Commission complaint against former Western Standard publisher Ezra Levant, *National Post*, 12 février.

Mouketou, Dorian. 2021. *La lutte contre les contenus haineux sur les plateformes de médias sociaux : une analyse comparative d'approches de régulation. Note de recherche*, Montréal, Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, Université du Québec à Montréal.

Moyn, Samuel. 2018. *Not Enough : Human Rights in an Unequal World*, Kono ebooks.

Moyn, Samuel. 2014. *Human rights and the use of history*, Londres, Verso.

Muhlmann, Géraldine avec Emmanuel Decaux et Élisabeth Zoller. 2016. *La Liberté d'expression*, Paris, Dalloz.

Muldoon, James. 2022. *Platform Socialism : How to Reclaim our Digital Future from Big Tech*, Londres, Pluto Press.

Muller, Karsten et Carlo Schwarz. 2018. *Fanning the Flames of hate : Social media and Hate Crime*, University of Warwick. <https://warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/crsschwarz/fanning-flames-hate.pdf>

Muschi, Christine. 2019. Mohamed Ilyes Krimed, 20, appeared in court during the weekend on two counts of making threats and inciting hatred, *Montreal Gazette*, 9 décembre.

Myrdal, Gunnar. 1944. *An American Dilemma*, New York, Harper & Brothers Publishers.

Nadeau, Frédérick. 2019. *Harfang, la revue de la Fédération des Québécois de souche du Saguenay*, communication, Congrès ACFAS, atelier Les crimes haineux, Gatineau, Québec, 30 mai.

Nadeau, Frédérick, Martin Geoffroy et Hiba Qchiqach. 2021. *L'extrême droite au Québec. Une chronologie des événements et de la violence (2010-2020)*, Montréal, Centre d'expertise et de formation sur les intégrismes religieux, les idéologies politiques et la radicalisation.

Nafi, Michael. 2022. Atténuer n'est pas interdire, *Le Devoir*, 13 juillet.

Nations Unies. 1948. *Déclaration universelle des droits de l'homme. Résolution AG 217A (III)*, Doc off AG NU, 3^e session, supp. 13, Doc NU A/810, 1948, 71, adoptée le 10 décembre.

Nations Unies. 1948. *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide. 1948. Résolution AG 260A (III)*, adoptée le 9 décembre, entrée en vigueur le 12 janvier 1951.

Nations Unies. 1969. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Résolution AG 2106A (XX)*, adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier.

[266]

Nesrine, Malik. 2019. The myth of the free speech crisis, *The Guardian*, 3 septembre.

Névert, Lélia. 2013. *Les Caricatures de Mahomet entre le Québec et la France*, Presses de l'Université du Québec.

Nimmer, Melville. 1984. *A Treatise on the Theory of the First Amendement*, New York, Matthew Bender, chapitre 1.

Noël, Christian. 2021. Un nouveau chien de garde numérique contre la haine en ligne, *Radio-Canada*, 11 février. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1769922/chien-garde-numerique-haine-contenus-haineux-internet>

Nossel, Suzanne. 2020. *Dare to Speak. Defending Free Speech for All*, New York, HarperCollins Books.

Nussbaum, Martha C. 1990. Sophistry About Conventions. Dans M. Nussbaum, *Love's Knowledge : Essays on Philosophy and Literature*, Oxford University Press, 220-29.

Okrent, Daniel. 2019. *The Guarded Gate : Bigotry, Eugenics, and the Law that Kept Two generations of Jews, Italians and Other European Immigrants Out of America*, New York, Scribner.

O'Neil, Cathy. 2016. *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, Crown Archetype (2018. *Algo-rithmes : la bombe à retardement*, Éditions Les Arènes).

Ontario Human Rights' Commission. 2008. *Commission statement concerning issues raised by complaints against Maclean's Magazine*, 8 avril. http://www.ohrc.on.ca/en/news_centre/commission-statement-concerning-issues-raised-complaints-against-macleans-magazine

Organization for the Prevention of Violence. 2019. *Extremism and Hate Motivated Violence in Alberta, report*, Calgary, Organization for the Prevention of Violence.

Organisation for Economic Co-operation and Development. 2011. *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, Paris, OECD.

Organisation for Security and Co-operation in Europe. 2011. *Hate Crime in the OSCE Region : Incidents and Responses, Annual Report for 2010*, Varsovie, Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme.

Oudekerk, Barbara. 2019. *Hate Crime Statistics Briefing prepared for the Virginia Advisory Committee, U.S. Commission on Civil Rights, Panel 1 : Hate Crime History in VA, Current Legal Framework, Enforcement and Data*, Washington, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, 29 mars. <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/hcs1317pp.pdf> ; <http://hdl.handle.net/20.500.11990/1214>

[267]

Owen, Taylor. 2018. Opinion : The era of Big Tech self-governance has come to an end, *The Globe and Mail*, 11 juillet. <https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-the-era-of-big-tech-self-governance-has-come-to-an-end/>

Owen, Taylor. 2017. Is Facebook a threat to democracy ? Special to *The Globe and Mail*, 19 octobre.

Owen, Taylor. 2015. *Disruptive Power : The Crisis of the State in the Digital Age*, Oxford University Press. DOI :10.1093/acprof :oso/9780199363865.001.0001

Owen, Taylor et Edward Greenspon. 2018. *Democracy Divided. Countering Disinformation and Hate in the Digital Public Sphere*, Vancouver, University of British Columbia Press, Public Policy Forum, 15 août. <https://ppforum.ca/publications/social-marketing-hate-speech-disinformation-democracy/>

Pargamin, David. 2022. Criteo reprogramme sa cible, *Challenges* 753, 8 septembre, 56-57.

Park, K-Sue. 2017. The A.C.L.U. Needs to Rethink Free Speech, *The New York Times*, 17 août.

Parti Conservateur du Canada. 2018. Rapport minoritaire concernant l'étude sur les formes de racisme et de discrimination religieuse systémiques du Comité permanent du Patrimoine canadien. Dans Canada. Parlement, Chambre des Com-

munes, Comité permanent du Patrimoine canadien. *Agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*.

Patino, Bruno 2022. *Tempête dans le bocal : la nouvelle civilisation du poisson rouge*, Paris, Grasset. <https://www.france.tv/france-5/la-grande-librairie/>

Peinert, Éric. 2022. La Loi sur les nouvelles en ligne du Canada, un atout pour le journalisme, *Le Devoir*, 18 octobre.

Perarnaud, Clément. 2022. Pour automatiser la censure, cliquez ici, *Le Monde diplomatique*, 18, 1^{er} juillet.

Perry, Barbara et Ryan Scrivens. 2016. *Right Wing Extremism in Canada : An Environmental Scan* (2015), Ottawa, Kanishka Project Contribution Program, Public Safety Canada.

Perry, Barbara, Tanner Mirrlees et Ryan Srivens. 2017. The Dangers of Porous Borders : The Trump Effect in Canada, *Journal of Hate Studies* 14, 53-75.

Pew Research Center. 2017a. *Online Harassment 2017 Survey*, 11 juillet. <http://www.pewinternet.org/2017/07/11/online-harassment-2017>

Pew Research Center. 2017b. U.S. Muslims Concerned About Their Place in Society, but Continue to Believe in the American Dream, *Findings from Pew Research Center's 2017 survey of U.S. Muslims*. pewforum.org

[268]

Piquard, Alexandre. 2022a. Droits voisins : les discussions entre les médias et Google avancent, mais des tensions demeurent, *Le Monde*, 1^{er} février. https://www.lemonde.fr/economie/article/2022/02/01/droits-voisins-les-discussions-entre-les-medias-et-google-avancent-mais-des-tensions-demeurent_6111830_3234.html

Piquard, Alexandre, 2022b. Droits voisins : Google signe un accord avec l'Alliance de la presse d'information générale. La négociation avec l'association de 300 médias français pour la rémunération d'extraits d'articles sur le moteur de recherche durait depuis 2019, *Le Monde*, 3 mars.

Point de Bascule. 2007. *L'État est un outil de censure et un partenaire dans la campagne du Congrès islamique du Canada contre Macleans*, 7 décembre. <https://pointdebasculecanada.ca/letat-est-un-outil-de-censure-et-un-partenaire-dans-la-campagne-du-congres-islamique-du-canada-contre-macleans/>

Pool, de Sola, Ithiel. 1983. *Technologies of Freedom*, Harvard University Press.

Potvin, Maryse et Stéphanie Tremblay. 2021. De la peur à la haine. Discours racistes « ordinaires » sur l'attentat à la Mosquée de Québec en 2017. Dans D. Hel-

ly (dir.). 2021. *Rétablir l'ordre. Peur, méfiance, haine des minorités culturelles et sexuelles*, Chicoutimi, Qué., Les Classiques des sciences sociales, 139-178.

Poynting Scott *et al.* 2004. *Bin Laden in the Suburbs : Criminalizing the Arab Other*, Sydney, Institute of Criminology.

Poynting, Scott et Barbara Perry. 2007. *Climates of Hate : Media and State Inspired Victimisation of Muslims in Canada and Australia since 9/11*, *Current Issues in Criminal Justice* 19, 2, 151-171.

Presse canadienne (La). 2022. *Pablo Rodriguez se dit ouvert à amender son projet de loi sur les nouvelles en ligne*, 22 octobre.

Presse canadienne (La). 2021. *Il n'est plus viable pour les médias sociaux de s'autoréglementer, selon Facebook*, 30 janvier. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1767145/facebook-chambre-communes-reglementation-steven-guilbeault?depuisRecherche=true>

Prutschi, Manuel. 1992. *The Zündel Affair*. Dans Alan Davies (dir.). *Anti-semitism in Canada : History and Interpretation*, Wilfred Laurier University Press, Waterloo, Ontario, chapitre 10, 249-277.

Public Policy Forum. 2017. *The Shattered Mirror : News, Democracy and Truth in the Digital Age*, University of British Columbia Press, janvier.

Quinn, Hal. 1985. *The Holocaust Trial*, *Maclean's*, 11 mars, Éditorial. <https://archive.macleans.ca/article/1985/3/11/the-holocaust-trial>

Rancière, Jacques. 2022. *Jacques Rancière à propos de la liberté d'expression. Réponse à Miller*, *Acta.zone*. <https://acta.zone/jacques-ranciere-a-propos-de-la-liberte-dexpression/>

[269]

Rand, Ayn. 1964. *Man's Rights*. Dans A. Rand. *The Virtue of Selfishness*, New York, New American Library Inc., 97-99.

Razak, Sherene H. 2008. *Casting Out : The Eviction of Muslims from Western Law and Politics*, Toronto University Press.

Reuters. 2021. *Google takes legal action over Germany's expanded hate-speech law*, 27 juillet. <https://www.reuters.com/technology/google-takes-legal-action-over-germanys-expanded-hate-speech-law-2021-07-27/>

Rosenberg, Ian. 2021. *The Fight for Free Speech. Ten Cases that Defend Our First Amendment Freedoms*, New York University Press.

Rosenfeld, Michel. 2003. *The Speech in Constitutional Jurisprudence : A Comparative Analysis*, *Cardoso Law Review* 24, 3 1523-1568.

Russonello, Giovanni. 2020. On Politics, Where Things Stand, *New York Times*, 7 octobre.

Salaita, Steven. 2006. *Anti-Arab Racism in the USA : Where It Comes from and What It Means for Politics Today*, Londres, Pluto Press.

Sandel, Michael. 1982. *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sarra-Bournet, Michel. 1986. *L'affaire Roncarelli : Duplessis contre les Témoins de Jéhovah*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture.

Sartor, Giovanni. 2020. The impact of algorithms for online content filtering or moderation, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 657.101, septembre.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/657101/IPOL_STU\(2020\)657101_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/657101/IPOL_STU(2020)657101_EN.pdf)

Saulnier, Alain. 2022. *Les Barbares numériques*, Montréal, Les Éditions écosociété.

Savoie, Alexandra et Maxime-Olivier Thibodeau. 2020. *Les lois fédérales du Canada sur la protection de la vie privée*, Publication no 2007-44-F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement du Canada, 17 novembre.

<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2007-44-f.pdf>

Scanlon, Thomas. 2008. *Moral dimensions : permissibility, meaning, blame*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press.

Scanlon, Thomas. 2003. *The Difficulty of Tolerance. Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press.

Scanlon, Thomas. 1998. *What we owe to each other*. Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press.

https://archive.org/details/whatweowetoeacho00scan_0

[270]

Scanlon, Thomas. 1996. The Difficulty of Tolerance, chapitre 12. Dans D. Heyd (dir.). *Toleration. An Elusive Virtue*, Princeton, Princeton University Press, 226-239. Republié en 2003 dans *The Difficulty of Tolerance : Essays in Political Philosophy*, un volume regroupant des articles écrits entre 1969 et 1999, 187-201.

Scanlon, Thomas. 1978. Freedom of Expression and Categories of Expression, *University of Pittsburg Law Review* 40, 4, 519-550. Republié en 2003 dans *Difficulty of Tolerance*, chapitre 5, 84-112.

Scanlon, Thomas. 1972. A Theory of Freedom of Expression, *Philosophy and Public Affairs* 1, 2, 204-226.

Scassa, Teresa. 2021. Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making : A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making, 54 *U.B.C. Law Review* 251.

Schauer, Frederick. 1982. *Free Speech : A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press.

Schmidt, Joanna. 1987. La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Revue internationale de droit comparé* 39,1, janvier-mars, 43-88. <https://doi.org/10.3406/ridc.1987.2609>

Schultz, David. 2017 *Marketplace of Ideas*, The First Amendment Encyclopedia. <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/999/marketplace-of-ideas>

Scott, Wallach, Joan. 2019. *Knowledge, Power, and Academic Freedom*, Columbia University Press.

Seckel, Henri. 2021a. Les débuts discrets du pôle national de lutte contre la haine en ligne, *Le Monde*, 8 juillet.

Seckel, Henri. 2021b. « Ce que vous ne faites pas dans la rue, ne le faites pas sur les réseaux sociaux » : de quatre à six mois avec sursis et une leçon de conduite pour les harceleurs de Mila, *Le Monde*, 7 juillet.

Selbst, Andrew D. 2021. An Institutional View of Algorithmic Impact Assessments, *Harvard Journal of Law and Technology* 35, 1, 117-191.

Shiffrin, Steven H. 2016. *What is Wrong with the First Amendment ?* New York, Cambridge University Press.

Shiffrin, Steven H. 1990. *The First Amendment, Democracy, and Romance*. Princeton, Princeton University Press.

Siddiqui, Haroon. 2022. Muslims and the Media. A uniquely shameful chapter, *Literary Review of Canada*, janvier-février, 20-25.

Sizaire, Vincent. 2021. En France, la criminalisation de la parole publique, *Le Monde diplomatique*, septembre, 20-21.

[271]

Soharwardy, Syed. 2008. Why I'm withdrawing my human rights complaint against Ezra Levant, *The Globe and Mail*, 15 février.

<https://www.theglobeandmail.com/news/national/why-im-withdrawing-my-human-rights-complaint-against-ezra-levant/article18444701/>

Somos, Christy. 2019. Map of Hate : Publication pinpoints Canadian users of neo-nazi site Iron March, *CTV News*, 27 novembre.

Sonabend, Daniel. 2019. *We Fight Fascists*, Londres, Verso.

Southern Poverty Law Center. 2013a. *Hate and Extremism, report*. Washington, Le Centre. <http://www.splcenter.org/what-we-do/hate-and-extremism>

Southern Poverty Law Center. 2013b. *Hate Map*, Washington, Le Centre. <http://www.splcenter.org/get-informed/hate-map>

Standards Council of Canada. 2019a. *Ethical design and use of automated decision systems*, Ottawa. <https://www.scc.ca/en/standards/notices-of-intent/ciosc/ethical-design-and-use-automated-decision-systems>

Standards Council of Canada. 2019b. *Canadian Data Governance Standardization Collaborative*, Ottawa, 26 novembre. <https://www.scc.ca/en/flagships/data-governance>

Stanley, Jason. 2018. *How Fascism Works : The Politics of Us and Them*, New York, Random House.

Statistique Canada. 2018. *Expériences de victimisation avec violence et de discrimination déclarées par les populations minoritaires au Canada*, Ottawa, Statistique Canada. www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/180412/dq180412d-fra.htm?CMP=mstatcan

Steinberg, Stephen. 2022. *Counterrevolution : the crusade to roll back the gains of the civil rights movement*, Stanford, CA, Stanford University Press.

Stevenson, Jonathan. 2019. Hatred on March, *The New York Review of Books*, 21 novembre, 16-18.

Steyn, Mark. 2006a. The future belongs to Islam, *Maclean's*, 20 octobre.

Steyn, Mark. 2006b. *America : The End of the World as We Know It*, Washington, D.C., Regenery Publishing.

Stober, Eric. 2021. Liberals introduce bill to fight online hate with Criminal Code amendments, *Global News*, 23 juin.

Stober, Eric. 2021b. Google warns Canada's plan to fight online hate is 'vulnerable to abuse', *Global News*, 5 novembre. <https://globalnews.ca/news/8353819/google-canada-online-hate-plan/>

Stone, Brad. 2021. *Amazon Unbound : Jeff Bezos and the Invention of a Global Empire*, Simon and Schuster.

[272]

Strauss, David. 1986. Why to Be Tolerant ? *University of Chicago Law Review* 53, 1485-1507.

Strossen, Nadine. 2018. *Hate : Why We Should Resist It with Free Speech Not Censorship*, New York, Oxford University Press.

Strossen, Nadine. 2016. Freedom of Speech and Equality : Do We Have to Choose, *Journal of Law and Policy* 25, 1, 185-226.

Strossen, Nadine. 2016/2017. Justice Harlan's Enduring Importance for Current Civil Liberties Issues, from Marriage Equality to Dragnet NSA Surveillance, *New York Law School Law Review* 61, 331-345.

Sumner, Leonard. 2004. *The Hateful and the Obscene : Studies in the Limits of Free Expression*, University of Toronto Press.

Taylor, Owen. 2015. *Disruptive Power : The Crisis of the State in the Digital Age*, Oxford, Blackwell.

Tessono, Christelle, Yuan Stevens, Momin M. Malik, Sonja Solomun, Supriya Dwivedi et Sam Andrey. 2022. *AI Oversight, Accountability and Protecting Human Rights : Comments on Canada's Proposed Artificial Intelligence and Data Act*, Cybersecure Policy Exchange (Royal Bank of Canada-University of Toronto), Center for Information Technology Policy (McGill University), Center for Media Technology and Democracy (Princeton University), Novembre. <https://www.cybersecurepolicy.ca/aida>

They, Jean-François et Isabelle Falque-Perrotin. 1998. *Internet et les réseaux numériques*, Paris, Le Conseil d'État.

Tomlins, Steven. 2015. The Freedom to Offend ? How the 'Mohammad Cartoon Controversy' Has Influenced Public Debate on Canada's Hate Speech Regulation, *Journal of Church and State* 57, 1, 44-71. <http://www.jstor.org/stable/24708550>.

Torpey, John. 2003. *Politics and the Past : On Repairing Historical Injustices*, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield.

Trudel, Pierre. 2022. Radio-Canada et le mot honni : où est la faute ? *Le Devoir*, 5 juillet. https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/729858/chronique-radio-canada-et-le-mot-honni-ou-est-la-faute?utm_source=infolettre-2022-07-05&utm_medium=email&utm_campaign=infolettre-quotidienne

Trudel, Pierre. 2021. Comment légiférer pour Internet ? *Le Devoir*, 26 octobre.

Trudel, Pierre. 2008a. La responsabilité des prestataires intermédiaires d'Internet : l'approche de la législation du Québec, *Media Lex*, 160.

<https://pierretrudel.openum.ca/publications/la-responsabilite-des-prestataires-intermediaires-dinternet-laproche-de-la-legislation-du-quebec>

Trudel, Pierre. 2008b. La régulation du web 2.0, R.D.T.I., 283-307. <https://pierretrudel.openum.ca/publications/la-regulation-du-web-2-0>

[273]

Trudel, Pierre (dir.). 1984. *Accès à l'information et protection des renseignements personnels. Expérience occidentale et perspective québécoise*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal.

Tual, Morgane. 2017. En Allemagne, une loi pour forcer les réseaux sociaux à bannir les contenus haineux, *Le Monde*, 5 juillet.

The Economist. 2022a. *Pivot to Asia*, 25 juin, 23.

The Economist. 2022b. *Free speech's new frontier*, 5 février, 13-14.

The Economist. 2020. *Tech titans testify*, 1^{er} août, p. 20-21.

The Economist. 2021. *Malice Afterthought*, 21 août, 24-25.

The Economist. 2021b. *Coming Clean. According to Twitter, Twitter's algorithm favours conservatives*, 13 novembre, 89.

The Economist. 2018. *Germany. Freedom and its discontents*, 13 janvier, 45.

Thompson, Elizabeth. 2022. Online content creators are making money from hate, misinformation, MPs told, *The Globe and Mail*, 5 mai.

Toledano, Joëlle. 2020. *GAFAs. Reprenons le pouvoir !* Paris, Odile Jacob.

Townsend, Daniel. 2012. Where to Draw the Line on Hate Speech ? *The American Prospect*, 15 juin.

Townsend, Mark. 2020. Facebook algorithm found to 'actively promote' Holocaust denial, *The Observer*, 16 août.

Tréguer, Félix. 2019. *L'Utopie déçue. Une contre-histoire d'Internet, XV^e-XXI^e siècle*, Paris, Fayard.

Turner, Kathleen, Denise Helly et Carolyn Côté-Lussier. Sous presse. A Snapshot of Hate : Subjective Psychological Distress After a Hate Crime : An Exploratory Study on Victimization of Muslims in Canada, *Journal of Muslim Mental Health*.

Tushnet, Mark. 1994. *Making Civil Rights Law : Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961*, New York, Oxford University Press.

Union Européenne, Commission européenne. 2021. *Forced Displacement : Refugees, Asylum-Seekers, and Internally Displaced Persons, note d'information*, Bruxelles, La Commission, 22 juillet. <https://ec.europa.eu/echo/refugee-crisis>

Union Européenne, Commission européenne. 2020. *Législation sur les services numériques : garantir un environnement en ligne sûr et responsable*, Bruxelles, La Commission, décembre. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_fr

[274]

Union européenne, Commission contre le racisme et l'intolérance. 2002. *Recommandation de politique générale no 7, sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, 13 décembre 2002, amendée le 7 décembre 2017*, Strasbourg.

United States, Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, *Criminal Justice Information Services Division. 1996-2020. Hate crime statistics*. Washington, U.S. Department of Justice. Pour exemples : <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/1996/hatecrime96.pdf>, <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2000/hatecrime00.pdf>

United States. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. 2011. *Hate Crimes, 2003-2009*, Washington, U.S. Department of Justice. <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/hc0309.pdf>

United States. Department of Justice, Bureau of Justice Assistance. 1997. *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, Washington, U.S. Department of Justice. <https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>

United States. House of Representatives, Sub-Committee on Anti-Trust, Commercial and Administrative laws, of the Committee on the Judiciary. 2020. *Investigation of Competition in Digital Markets*, Washington, U.S. House of Representatives. rapport, 450 p. https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519

United States. House of Representatives. 2019. *Full Committee Hearing on Hate Crimes and the Rise of White Nationalism*. <https://youtu.be/4RZswuCGPwM>

Untersinger, Martin. 2019a. L'Allemagne a déjà fait une loi pour lutter contre la haine en ligne, son efficacité est incertaine, *Le Monde*, 4 juillet.

Untersinger, Martin. 2019b. Heure de vérité pour la loi censée lutter contre les discours haineux en ligne, *Le Monde*, 3 juillet. <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/07/03/l-assemblee-examine-la-loi->

[contre-la-haine-en-ligne-qui-veut-muscler-la-moderation-du-net_5484551_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/07/05/haine-en-ligne-que-contient-la-proposition-de-loi-dont-l-assemblee-vient-de-terminer-l-examen_5485769_4408996.html)

Untersinger, Martin. 2019c. Haine en ligne : ce que contient la proposition de loi examinée par l'Assemblée. De nouvelles obligations vont peser sur les réseaux sociaux, chargés de faire disparaître certains contenus haineux, sous peine d'importantes sanctions, *Le Monde*, 5 juillet. https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/07/05/haine-en-ligne-que-contient-la-proposition-de-loi-dont-l-assemblee-vient-de-terminer-l-examen_5485769_4408996.html

Volokh, Eugène. 2001. *The First Amendment : Problems, Cases and Policy Arguments*, New York, Foundation Press.

Waldron, Jeremy. 2012a. *The harm in hate speech*, Harvard University Press.

Waldron, Jeremy. 2012b. How Law protects Dignity, *The Cambridge Law Journal* 71/1, mars, 200-222. <https://doi.org/10.1017/S0008197312000256>

[275]

Walton, Dawn. 2006. Harper defends free speech but regrets cartoons' publication, *The Globe and Mail*, 15 février. <https://www.theglobeandmail.com/news/national/harper-defends-free-speech-but-regrets-cartoons-publication/article703329/>

Walker, Julian. 2018. *Discours haineux et liberté d'expression : balises légales au Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et sociales, Service d'information et de recherche parlementaires.

Walker, Julian. 2010. *L'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, les lois anti-haine et la liberté d'expression*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et sociales, Service d'information et de recherche parlementaires.

Walsh, Phil et Mia Dauvergne. 2009. Les crimes haineux déclarés par la police au Canada, 2007, *Juristat* 29, 2. <https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/catalogue/85-002-X>

Walton, Dawn. 2006a. Harper defends free speech but regrets cartoons' publication, *The Globe and Mail*, 15 février. <https://www.theglobeandmail.com/news/national/harper-defends-free-speech-but-regrets-cartoons-publication/article703329/>

Walton, Dawn. 2006b. Human-rights complaints filed over cartoons, *The Globe and Mail*, 16 février. <https://www.theglobeandmail.com/news/national/human-rights-complaints-filed-over-cartoons/article703736/>

Wang, Jing Hui et Greg Moreau. 2022. *Crimes haineux déclarés par la police au Canada, 2020*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique et de la sécurité des collectivités. <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2022001/article/00005-fra.htm>

White, Scott. 2022. Regulating online hate will have unintended, but predictable, consequences, *The Conversation*, 2 juin.

Wilder, Craig Steven. 2013. *Ebony and Ivy : Race, Slavery, and the Troubled History of America's Universities*, New York, Bloomsbury.

Wilentz, Sean. 2022. The Paradox of the American Revolution, *N.Y. Review of Books*, 13 janvier, 26-28.

Wilentz, Sean. 2018. *No Property in Man : Slavery and Antislavery at the Nation's Founding*, Harvard University Press.

Woodard, Joe. 2006. Prophet cartoons come to Calgary : Publishers defend move as free speech, *Calgary Herald*, 11 février.

Wolf, Marie. 2022. Liberals to reintroduce anti-hate bill 'as soon as possible', says minister, *The Canadian Press*, 4 février.

Wolf, Marie. 2022b. Indigenous and racialized groups fear online hate bill may curtail rights, *The Canadian Press*, 23 avril. <https://globalnews.ca/news/8780880/canada-bill-c-36-indigenous-lgbtq-rights/>

[276]

Wright, R. George. 2006. Dignity and Conflicts of Constitutional Values : The Case of Free Speech and Equal Protection, *San Diego Law Review* 43, 3, 527.

Yale, Janet, présidente. 2020. L'avenir des télécommunications : le temps d'agir, *Canada's Communications Future : Time to Act*, Groupe d'examen du cadre législatif en matière de radiodiffusion et de télécommunications, 259 p.

Yeung, Karen. 2017. Making sense of the European data protection law tradition. DANS Andrews Leighton *et al.* *Algorithmic Regulation, Discussion paper no 85*, Centre for analysis of risk and regulation, Londres, London School of Economics and Political Science, septembre, 34-45.

ZDNet.fr. 2021. *Google sous la menace d'un nouveau procès sur le front de la publicité en ligne*, 2 septembre. <https://www.zdnet.fr/actualites/google-sous-la-menace-d-un-nouveau-proces-sur-le-front-de-la-publicite-en-ligne-39928439.htm>

Zuboff, Shoshana. 2019. *The age of surveillance capitalism : The fight for a human future at the new frontier of power*, Londres, Profile Books. (traduction française. 2020. *L'âge du capitalisme de surveillance*, Honfleur, Zulma).

Zuboff. Shoshana. 2015. Big Other : Surveillance capitalism and the prospects of an information civilization, *Journal of Information Technology* 30, 1, 75-89.

Quatrième de couverture

La première partie du volume retrace les arrêts des Cours suprêmes des États-Unis et du Canada traitant de propos discriminatoires, humiliants, méprisants, orduriers, haineux, ciblant des membres de minorités religieuses, ravisées et sexuelles. Elle met à jour comment les juges états-uniens et canadiens adoptent depuis un siècle des positionnements opposés sur cette question. Elle rappelle aussi comment des juristes et autres auteurs canadiens se sont distingués dès 1965 par leur souci de protéger les minorités de la haine de mouvements d'extrême droite. En sus de cette fresque historique couvrant la période de 1919 à 2022, la première partie résume les débats sur l'expression raciste et haineuse qui se déroulent depuis les années 1980 entre des auteurs principalement nord-américains, membres du courant libertarien ou de l'école de la Critical Theory.

La seconde partie du volume traite de la haine en ligne et des mesures adoptées pour le contrôle de sa diffusion par les grandes plateformes numériques. Elle présente les législations adoptées ou proposées par l'Union européenne, certains de ses membres (Allemagne, France, Royaume-Uni), ainsi que par l'Australie et par le Canada, pointant encore une fois la distance entre les positions des pays européens, du Canada et des États-Unis.

Le volume se termine par un résumé historique du statut juridique de l'expression de la haine en Amérique du Nord, et par une description des enjeux actuels du contrôle étatique de la diffusion de cette forme d'expression discriminatoire par les plateformes numériques, notamment par les GAFA.

Denise HELLY professeure titulaire à l'Institut national de recherche scientifique. Formée en sociologie et anthropologie (Ph. D La Sorbonne), science politique et sinologie (École des Langues Orientales, Paris), elle a pour intérêts de recherche les multiples facettes de l'insertion sociale et de l'acceptation des minorités ethniques et religieuses. Ses présentes recherches portent sur les législations sur la haine en ligne, le traitement par les juges québécois, de demandes de divorce par des immigrants de confession religieuse minoritaire, les conflits culturels sur les campus universitaires nord-américains et aussi la constitution d'archives de populations immigrées (chinoise, musulmane). Elle est présentement co-chercheuse de la Chaire de recherche sur les enjeux contemporains de la liberté d'expression du Fonds Québécois de la Recherche et co-responsable du volet québécois du projet MiCA (Muslims in Canada Archives) financé par Patrimoine Canada.

Ahmed-Mahdi BENMOUSSA est détenteur d'un baccalauréat en philosophie et en science politique ainsi que d'une maîtrise en philosophie à l'Université Laval. Il a collaboré à différents projets de recherche universitaires au Québec et au Canada avant de rejoindre le secteur public québécois à titre de professionnel. Il est aujourd'hui consultant dans le secteur privé.

Couvertures : Cindy Rojas

ISBN 978-2-9819770-1-4